I - III, 1

repr jaf. -

Geist des römischen Rechts

auf den

verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

Erster Theil.

Geist des römischen Rechts

auf den

verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

Von

Rudolph Ihering,

Geh. Justizrathe u. ordentl. Professor der Rechte in Gießen.

Erster Theil.

Zweite, verbesserte Auflage.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1866

Dem Andenken

des großen Meisters,

Georg Friedrich Puchta.

Vorwort

zur zweiten Auflage.

Bereits seit mehreren Jahren hatte mir die Verlagshandlung die Anzeige gemacht, daß der erste Band meines Werks vergriffen sei, und daß sie eine neue Auflage zu veranstalten wünsche. Die Arbeiten am dritten Bande, in denen ich mich durch die voraussichtlichermaßen zeitraubende neue Aufgabe nicht mochte unterbrechen lassen, hinderten mich dem Wunsch damals nachzukommen, und als ich mit jener Arbeit fertig geworden, hatte sich inzwischen auch das Bedürfniß einer zweiten Auflage des folgenden Bandes (Theil II. Abth. 1) herausgestellt. Da die Besorgung des letzteren mir ungleich weniger Mühe in Aussicht stellte als die des ersten, so wandte ich mich im Interesse der Beschleunigung des Druckes zuerst dem zweiten Bande zu, was ich dem Leser darum mittheile, um zu erklären, wie es zusammenhängt, daß er im ersten Bande den zweiten nach Seitenzahlen citirt findet, während ich im zweiten den ersten nur nach Paragraphen citiren konnte. Die Umarbeitung des zweiten Bandes beschränkt sich von kleineren Aenderungen und Zusätzen abgesehen im Wesentlichen auf eine beträchtliche Kürzung der Darstellung; trotz der Zusätze ist dadurch der Umfang desselben um nahezu zwei Druckbogen verringert worden.

Als ich mich an den ersten Band machte, geschah es mit dem Gefühl einer bevorstehenden höchst unerquicklichen Aufgabe. Eine vollständige Umarbeitung desselben, wie ich gewünscht hatte sie vorzunehmen, war ebensosehr durch die Rücksicht auf die mir zu Gebote stehende Zeit als durch den Umstand ausgeschlossen, daß mein Werk zur Zeit noch unvollendet ist, und daß erst wenn letzteres fertig vor mir liegt, der Zeitpunkt zur Vornahme einer derartigen Umgestaltung gekommen sein dürfte. Andererseits konnte ich es aber nicht über mich gewinnen mich auf bloße Berichtigungen im Einzelnen zu beschränken, und so ist denn ein Mittelding zwischen einer „verbesserten Auflage" und einer „Umarbeitung" herausgekommen. Einzelne Paragraphen sind vollständig neu oder sind wenigstens wesentlich verändert, so §. 1, 11, 18, welche beide letztern jetzt in mehrere §§ zerfallen. Von dem §. 1: Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Welt habe ich kürzlich einen Separatabdruck erscheinen lassen; es lag mir daran der darin niedergelegten Ansicht eine weitere Verbreitung zu geben, als ich sie sonst hätte erwarten dürfen. In den vier §§. 11, 11[a], 11[b], 11[c] ist von sonstigen Aenderungen abgesehen insbesondere die Ausführung über die legis actio per pignoris capionem (§. 11[c]) völlig neu hinzugekommen. In §. 18 ist der Abschnitt über den homo sacer wesentlich umgearbeitet, ebenso in §. 18[a] der über den Antheil der Pontifices an der Rechtspflege und die legis actio sacramento, wobei ich mich jedoch für verpflichtet gehalten habe die betreffende Parthie der ersten Auflage (S. 263 bis 268) wegen der vielfachen Bezugnahme, die von Andern darauf genommen ist, für diejenigen, welche sie zu vergleichen wünschen, im Anfang des §. 18[a] (S. 302—307) aufzunehmen; andere Leser bitte ich dieselbe einfach zu überschlagen.

Ich enthalte mich der neuen Auflage einen Schutz- und Ge-

leitbrief mitzugeben. Was Schlechtes an dem Buch ist, wird dadurch nicht entschuldigt oder verdeckt; was Gutes daran ist, wird sich von selbst Bahn brechen. Nur eine Bemerkung kann ich nicht unterdrücken. Man würde den ganzen Zweck meines Werks verkennen, wenn man es als ein wesentlich rechtshistorisches auffassen wollte. Mein Augenmerk ist nicht das römische, sondern das Recht, erforscht und veranschaulicht am römischen, m. a. W. meine Aufgabe ist mehr rechtsphilosophischer und dogmatischer Art als rechtshistorischer, den letztern Ausdruck in dem Sinn genommen, in dem unsere heutige Wissenschaft die Aufgabe der Rechtsgeschichte erfaßt und zu lösen sucht. Um dies schon auf dem Titel zu betonen, hatte ich demselben in der ersten Auflage den Zusatz gegeben: „Ein Beitrag zur Naturlehre des Rechts", strich denselben jedoch wieder bei der Revision des Correcturbogens, theils um den Titel nicht zu schleppend, theils um ihn nicht noch anspruchsvoller und herausfordernder zu machen, als er es an sich schon ist. Denn daß schon der Name „Geist" auf dem Titel eine Herausforderung — den ersten groben Fehler des Buchs! — enthielt, wie hätte ich mir dies verhehlen können? Diesen Titel kann ich jetzt nicht mehr zurücknehmen, und ich will ihn durch Aufnahme jenes damals weggelassenen Zusatzes auch jetzt nicht mehr ändern, aber ich möchte den der Fictionen gewohnten juristischen Leser bitten zu fingiren, als ob er auf dem Titelblatt stände.

Schließlich noch eine Bemerkung über etwas Aeußerliches. Es ist ein leidiger Uebelstand bei einer zweiten Auflage, daß die Seitenzahlcitate der ersten für sie regelmäßig nicht mehr zutreffen, und bei den mancherlei Auslassungen, Umstellungen und größeren Zusätzen, die ich vorgenommen habe, ist die Abweichung in der Paginirung der ersten und zweiten Auflage stellenweise

eine sehr beträchtliche. Da bei meinen eigenen Citaten sehr häufig die Noten mit in Bezug genommen sind, so habe ich dadurch einigermaßen nachzuhelfen gesucht, daß ich den aus der ersten Auflage hinübergenommenen Noten ihre alte Ziffer gelassen habe, selbst wenn letztere wegen Ausfalls einer oder mehrerer vorhergehenden Zahlen nicht mehr paßten. Den neuhinzugekommenen habe ich, wo nicht eine Nummer für sie vakant war, die Zahl der vorhergehenden unter Zufügung von Buchstaben gegeben. Nur einmal (B. 2 S. 128—144) ist durch ein von mir nicht zeitig bemerktes Versehen eines neuen Setzers die von mir getroffene Bezeichnung der Noten verlassen; von S. 145 an stimmen die Noten wiederum mit der ersten Auflage. Die Abkürzung, deren ich mich beim Citiren meiner Schrift bedient habe: lateinische Zahlen für den Theil, arabische für die Seiten, unter Weglassung von B. und S. wird keiner Erläuterung bedürfen; wo daneben ausnahmsweise in Parenthese ein anderes Citat gesetzt ist, bedeutet es die erste Ausgabe dieser beiden Bände. Auf S. 8 des ersten Bandes Z. 8 von oben bitte ich in dem Satz: „Mit dem Schiff, das Waaren brachte, kehrten Güter zurück“ das „Güter“ in „Götter“ zu verwandeln.

Gießen, den 23. Januar 1866.

Der Verfasser.

Inhalt des ersten Theils.

Die Aufgabe und die Methode ihrer Lösung.

Methode der rechtshistorischen Darstellung.

I. Anforderungen, die in der Natur des Rechts enthalten sind.

II. Anforderungen, die in dem Begriff der Geschichte liegen.

Erstes Buch.

Die Ausgangspunkte des römischen Rechts.

II. Familie und Wehrverfassung, die Ausgangspunkte der staatlichen Ordnung.

III. Das religiöse Princip mit seinem Einfluß auf Recht und Staat.

B. Verhalten des römischen Geistes zu den gegebenen Ausgangspunkten.

Einleitung.

Die Aufgabe und die Methode ihrer Lösung.

Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Welt.

Der Gedanke der Universalität und Nationalität — Bedeutung Roms für die weltgeschichtliche Verwirklichung des erstern Gedankens — Berechtigung desselben innerhalb des Rechts — die gegenseitige Aushülfe der Völker — Charakter der modernen Rechtsentwicklung — das römische Recht ein Culturelement der modernen Welt.

I. Drei Mal hat Rom der Welt Gesetze dictirt, drei Mal die Völker zur Einheit verbunden, das erste Mal, als das römische Volk noch in der Fülle seiner Kraft stand, zur Einheit des Staats, das zweite Mal, nachdem dasselbe bereits untergegangen, zur Einheit der Kirche, das dritte Mal in Folge der Reception des römischen Rechts im Mittelalter zur Einheit des Rechts; das erste Mal mit äußerm Zwange durch die Macht der Waffen, die beiden andern Male durch die Macht des Geistes. Die welthistorische Bedeutung und Mission Roms in Ein Wort zusammengefaßt ist die Ueberwindung des Nationalitätsprincips durch den Gedanken der Universalität. Schwer haben die Völker geseufzt unter dem Druck der äußern und geistigen Bande, mit denen Rom sie umstrickt hielt, schwere Kämpfe hat es gekostet, bis es ihnen gelang, das Joch abzuschütteln. Aber der Gewinn, den die Geschichte und sie selber davon gezogen, wiegt das Ungemach, das sie erdulden mußten, auf. Die Frucht des ersten Kampfes,

den Rom siegreich bestand, war die Herstellung der Einheit der alten Welt. In Rom mußten die Fäden der alten Cultur zusammenlaufen, damit die Geschichte an diesen Knotenpunkt die der neuen christlichen Cultur anknüpfen konnte, die römische Weltherrschaft fand ihre Rechtfertigung im Christenthum, dem sie die Straßen bahnte; ohne das centralisirende heidnische Rom würde kein christliches Rom entstanden sein. Die Frucht der zweiten Weltherrschaft, welche Rom ausübte, war die religiöse und sittliche Erziehung der neuen Völker. Das römische Volk war längst dahin, es war nur derselbe Ort, von wo aus zum zweiten Male die Welt ihre Gesetze empfing, die Gesetze selber hatten mit dem alten Rom nichts gemein. Das dritte Mal aber, als die neuern Völker sich von Rom ihre Gesetze holten, war es das alte Rom, das sie ihnen lieferte. Es war ein Stück ächtrömischen Lebens und Wesens, das wiederum lebendig ward, werthvoller und origineller als alles andere, was das römische Volk in Kunst und Wissenschaft der Nachwelt hinterlassen hatte, die höchste Blüthe, die reichste Frucht seines Geistes. Eine seltsame Erscheinung! Ein todtes Recht zu neuem Leben erwachend; ein Recht in fremder Zunge, zugänglich nur den Gelehrten, im Leben überall auf Widerstand stoßend und sich dennoch den Zutritt und den Sieg ertrotzend. Was ihm zur Zeit seines Bestehens, seiner Blüthe und Kraft nicht gelungen: die Rechte fremder Völker zu regeneriren, ein halbes Jahrtausend später gelang es ihm; es mußte erst absterben, um seine volle Kraft zu entfalten. Und in welchem Maße hat es dies gethan! Anfänglich nichts als eine juristische Grammatik in den Händen der Wißbegierigen, schwingt es sich bald zum Rang eines Gesetzbuches auf, um schließlich, nachdem ihm die äußere Auctorität bestritten und größtentheils entzogen, dafür die ungleich höhere eines Kanons unseres juristischen Denkens einzutauschen. Nicht darin besteht die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Welt, daß es vorübergehend als Rechtsquelle gegolten — diese Bedeutung ist eben eine vorübergehende gewesen — sondern darin, daß es eine totale innere Um-

wandlung bewirkt, unser ganzes juristisches Denken umgestaltet hat. Das römische Recht ist ebenso wie das Christenthum ein Culturelement der modernen Welt geworden.

So braucht denn diese dritte Phase der römischen Weltherrschaft den Vergleich mit den beiden vorhergehenden durchaus nicht zu scheuen. Das Schauspiel, das jene uns darbieten, mag dramatischer, anziehender sein für das Auge und die Phantasie, dem allgemeinen Verständniß näher liegen — der denkende Geist wird sich durch das in gewissem Sinn fast märchenhafte Stück Geschichte, das am römischen Recht abspielt, nicht minder gefesselt fühlen und es stets zu den wunderbarsten historischen Erscheinungen, zu den seltensten Triumphen der rein auf sich selbst gestellten geistigen Kraft zählen.

Wer sollte nicht glauben, daß die Jurisprudenz längst alles gethan, um diese Thatsache zu ihrem vollen Verständniß zu bringen? Aber der Zug des Seltsamen, den sie an sich trägt, wiederholt sich auch in ihrem literarischen Schicksal. Ich meine damit nicht sowohl die Vernachlässigung ihrer äußern historischen Seite, die erst in unserm Jahrhundert einer regeren Bearbeitung Platz gemacht hat, und die zu dem sonstigen Maß von Kraft und Gelehrsamkeit, welches sich dem römischen Recht seit Jahrhunderten zugewandt hat, seltsam contrastirt — trotz allem, was seit Savigny für die Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter geschehen ist, soll doch die Geschichte der Reception desselben noch erst geschrieben werden. Sondern was ich meine, ist das wissenschaftliche Urtheil über die Bedeutung jener Thatsache. So paradox es für den Unkundigen klingen mag: es herrscht noch bis auf den heutigen Tag eine Lehre über das Wesen und die Natur des positiven Rechts, die ein richtiges geschichtsphilosophisches Verständniß jener Thatsache schlechterdings unmöglich macht, ich meine die vorzugsweise von Savigny verkündete und in Curs gesetzte Lehre von dem nationalen Charakter der Rechte, die er zum Grund- und Eckstein der von ihm zu stiftenden historischen Schule machte. „Die historische Schule, so formulirt Savigny

das Programm derselben,[1]) nimmt an, der Stoff des Rechts sei durch die gesammte Vergangenheit der Nation gegeben, doch nicht durch Willkühr, so daß er zufällig dieser oder ein anderer sein könnte, sondern aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte hervorgegangen." Man sieht: damit ist über die obige Thatsache der Stab gebrochen, denn was hat das römische Recht mit der „gesammten Vergangenheit der modernen Nationen, ihrem innersten Wesen und ihrer Geschichte" zu thun? Ein Eindringling ist es, dem jede Legitimation abgeht, und dessen Entfernung consequenterweise Niemand eifriger hätte begehren müssen als Savigny und die historische Schule. Aber gerade sie waren es, die ihn in Schutz nahmen, als vom Standpunkt der Nationalität aus seine endliche Verdrängung begehrt wurde. Eine seltsame Ironie des wissenschaftlichen Fatums! Ein Gedanke, der dem römischen Recht den Todesstoß versetzen muß, heraufbeschworen, um ihm das Leben zu retten, das Panier der Nationalität des Rechts entrollt zu Gunsten des römischen Rechts gegen die, welche aus diesem Gedanken eine Wahrheit zu machen wünschten! Das römische Recht sei im Lauf der Zeit das unsrige geworden — mit dieser Wendung glaubte man dasselbe unter den schützenden Mantel des Nationalitätsprincips gebracht zu haben. Es möge sein — aber welches Wort der Rechtfertigung findet jene Lehre dafür, daß es das unsere ward? Als das römische Recht zuerst an unsere Pforte klopfte, war es doch noch nicht das unsere, die „gesammte Vergangenheit unserer Nation, ihr innerstes Wesen, ihre ganze Geschichte" stellte sich ihm entgegen. Auf die Frage: mit welchem Recht haben wir dennoch dem Fremdling Zutritt verstattet, bleibt jene Ansicht uns die Antwort schuldig, von ihrem Standpunkt aus kann das Urtheil über die Reception des römischen Rechts nur dahin ausfallen: es war

---

1) Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. I. S. 6. Ausführlicher in seiner Schrift: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Aufl. 3. S. 8 fl.

eine unerklärliche Verirrung der Geschichte, ein Abfall vom „historischen Princip", also von sich selber — ein Räthsel, für das der Wissenschaft die Lösung fehlt.

Ist es zu viel gesagt, wenn ich behaupte, die Richtung in unserer Wissenschaft, welche sich den Namen der historischen beilegte, und welche für die historische Erforschung des römischen Rechts allerdings Unschätzbares geleistet hat, diese Richtung hat nicht vermocht, die Thatsache, welche die Grundlage unseres ganzen Rechtszustandes ausmacht, ja, wie nachher erwiesen werden soll, den Charakter der ganzen modernen Epoche der Rechtsentwicklung bestimmt, wissenschaftlich zu begründen und zu rechtfertigen? Möge sie auch noch so viel äußere Gründe und Ursachen namhaft machen, die uns jene Thatsache pragmatisch erklären sollen; so lange sie den Gedanken der Nationalität des Rechts als ausschließlich berechtigten und maßgebenden aufstellt, bleibt der Widerspruch, in dem ihre Lehre sich zur Reception des römischen Rechts befindet, ewig ein ungelöster — durch das Thor der Nationalität kommt das römische Recht nie in unsere Wissenschaft hinein.

Eben damit ist jene Ansicht gerichtet, denn die Reception des römischen Rechts ist einmal eine Thatsache, der die Wissenschaft nicht ausweichen kann, mit der, was immerhin sie auch über das historische Wesen des Rechts lehren möge, in Uebereinstimmung stehen muß.

Und ist es so schwer, den richtigen Gesichtspunkt zu finden? Oeffnen wir nur unsere Augen, die Geschichte führt uns ihn entgegen, wohin wir blicken! Das Leben der Völker ist kein isolirtes Nebeneinanderbestehen, sondern es ist wie das der Individuen im Staat eine Gemeinschaft, ein System der gegenseitigen Berührung und Einwirkung, friedlicher und feindlicher, ein Geben und Nehmen, Entlehnen und Mittheilen, kurz ein großartiges, alle Seiten des menschlichen Daseins umfassendes Austauschgeschäft. Dasselbe Gesetz, welches für die leibliche Welt gilt, besteht auch für die geistige: Leben ist Aufnahme von außen und innerliche

Aneignung; Reception und Assimilation sind die beiden Fundamentalfunctionen, auf deren Dasein und Gleichgewicht das Bestehen und die Gesundheit jedes lebenden Organismus beruht. Die Aufnahme von außen verwehren und den Organismus zur Entwicklung „von innen heraus" verurtheilen heißt ihn tödten — die Entwicklung von innen heraus beginnt erst bei der Leiche!

Das Individuum kann sich diesem Gesetz nicht entziehen, ohne dem leiblichen oder geistigen Tode zu verfallen; sein Leben ist unausgesetztes leibliches und geistiges Athmen. Aber bei den Völkern wäre eine Absperrung auf sich selber, die Abwehr jedes Einflusses von außen her nicht gerade undenkbar, und es fehlt in der That in der Völkerfamilie nicht an einem Volk, welches — ein ächter Donquijote des Nationalitätsprincips! — diese seltsame Idee durchzuführen versucht hat, dem chinesischen. Und warum nicht, möchte man fragen, wenn es sich wohl dabei fühlt, wenn es auf die Vortheile des Verkehrs und der Berührung mit fremden Völkern verzichtet? Leidet es doch selber am meisten dabei. Der Einwurf wäre richtig, wenn jedes Volk bloß seiner selbst wegen existirte, aber jedes Volk existirt zugleich der übrigen wegen, alle anderen Völker der Erde haben ein Recht auf die Berührung mit ihm. Das Gesetz der Theilung der Arbeit gilt auch für das Leben der Völker. Nicht jeder Boden trägt alles, nicht jedes Volk kann alles. Aber diese Unvollkommenheit des Einzelnen soll ausgeglichen werden durch gegenseitige Aushülfe und Mittheilung — die Vollkommenheit kommt erst im Ganzen, in der Gemeinschaft zur Erscheinung. Der Austausch der materiellen und geistigen Erzeugnisse ist die Form, in der die Geschichte die Ungleichheit der geographischen, natürlichen und geistigen Ausstattung der Völker wiederum aufhebt, in der die Beschränktheit der Natur überwunden und die Idee der höhern Gerechtigkeit in der Weltgeschichte verwirklicht wird. Die Sonne Indiens scheint nicht für Indien allein; der Nordländer hat ein Recht auf den Ueberfluß, den die Natur mit verschwenderischer Hand hier ausschüttet. Aber umgekehrt hat auch der Tropenbewohner ein Anrecht auf die Er-

zeugnisse der kalten Zone, eine Anweisung auf das Eisen, das dort gewonnen und verarbeitet wird, auf die Werke des Gewerbfleißes, der Kunst, der Wissenschaft, die Segnungen der Religion und der Cultur. Möge das Völkerrecht lehren, daß jedes Volk das, was es besitzt und erzeugt, für sich allein hat — der Satz ist ebenso wahr und unrichtig, als wenn man ihn für das Individuum ausspricht; es gibt kein absolutes, d. h. der Rücksicht auf die Gemeinschaft entbundenes Eigenthum, und die Geschichte hat dafür gesorgt, den Völkern diese Wahrheit einzuschärfen. Wenn ein Volk sich unfähig erweist, den Boden, den die Natur ihm anvertraut hat, auszunutzen, so muß es einem andern weichen. Die Erde gehört der Hand, die sie zu bebauen versteht — das scheinbare Unrecht, das die angelsächsische Race in Amerika gegen die eingebornen Indianer verübt, ist vom Standpunkt der Weltgeschichte aus ein Recht. Und nicht minder sind die europäischen Völker in ihrem Recht, wenn sie die Flüsse und Häfen des himmlischen Reichs und Japans mit Gewalt öffnen und diese Länder zum Handel zwingen. Der Handel oder allgemeiner der Austausch der materiellen und geistigen Güter ist nicht bloß eine Sache des Interesses und des freien Willens der Völker, sondern ist Recht und Pflicht, der Widerstand gegen die Erfüllung dieser Pflicht eine Auflehnung gegen die Ordnung der Natur, gegen das Gebot der Geschichte, und ein Volk, das sich absperrt, begeht nicht bloß eine Sünde gegen sich selbst, indem es sich der Mittel seiner Erziehung beraubt, sondern zugleich ein Unrecht gegen die andern Völker — kurz die Absperrung ist die Todsünde der Völker, denn das höchste Gesetz der Geschichte ist die Gemeinschaft. Ein Volk, das sie zu scheuen hat, weil es den Contact mit einer fremden Cultur, d. h. die Erziehung durch die Geschichte nicht verträgt, ein solches Volk hat eben damit sein Anrecht auf weitere Existenz verwirkt, sein Untergang kömmt der Welt zu gute.

Das ist die Gestalt des Völkerlebens, das die Bestimmung der Völker. Gedeihen eines Volks ist wie das des Individuums unausgesetztes Aufnehmen von außen. Seine Sprache, seine

Kunst, seine Sitte, seine ganze Cultur, kurz seine Individualität oder Nationalität ist wie der leibliche und geistige Organismus des Individuums das Product von unzähligen Einwirkungen und Entlehnungen von der Außenwelt. Wer könnte in diesem großartigen Austauschgeschäft der Völker die Bilanz ihres Exports und Imports des Näheren feststellen, wer die tausendfachen Anregungen und Einflüsse im Einzelnen nachweisen, die dabei ein Volk auf das andere ausübt? Mit dem Schiffe, das Waaren brachte, kehrten Güter zurück, der Kaufmann, der das Gold entführte, hinterließ mit den Fabrikaten ein Modell der Nachahmung und die Keime der Industrie. Sprache, Sitte, Religion, Worte, Ideen, Vorurtheile, Glauben, Aberglauben, Gewerbfleiß, Kunst, Wissenschaft — sie alle gehorchen dem Gesetz der internationalen Mittheilung und Einwirkung. Und das Recht? Das Recht allein soll diesem allgemeinen Culturgesetz entzogen sein? Dahin geht ja jene Lehre, die wir hier bekämpfen, und die wir bekämpfen müssen, um dem römischen Recht Platz zu gewinnen, jene Lehre der historischen Schule, daß das Recht sich rein aus „dem Innern der Nationalität" entwickele. Die Geschwornengerichte sollen wir nicht einführen, weil sie nicht auf unserm eignen Boden gewachsen sind, die constitutionelle Staatsform ist ein auswärtiges Gewächs und damit gerichtet u. s. w. Als ob wir Anstand nähmen, fremden Wein einzuführen, weil wir ihn nicht gekeltert, die Chinarinde zu gebrauchen, weil sie bei uns nicht gewachsen. Wer uns abhalten will, fremde Gesetze und Einrichtungen zu adoptiren, möge uns auch verbieten, irgend ein anderes Stück fremder Cultur aufzunehmen, möge befehlen, daß der Einfluß, den das Studium des Alterthums auf die moderne Cultur ausgeübt hat, wieder rückgängig gemacht werde. Die Frage von der Reception fremder Rechtseinrichtungen ist nicht eine Frage der Nationalität, sondern eine einfache Frage der Zweckmäßigkeit, des Bedürfnisses. Niemand wird von der Ferne holen, was er daheim eben so gut oder besser hat, aber nur ein Narr wird die Chi-

narinde aus dem Grunde zurückweisen, weil sie nicht auf seinem Krautacker gewachsen ist.

Es bedarf auch in der That nur eines Blickes auf die Geschichte des Rechts, um sich zu überzeugen, daß das obige Culturgesetz auch auf seinem Gebiet volle Anwendung gefunden hat. Zwar das Alterthum und der Orient bieten uns kaum einen historischen Anhaltspunkt von einiger Erheblichkeit dafür, aber sowohl in Griechenland als in Rom bestand doch der Glaube an eine theils in das Dunkel der Heroenzeit sich verlierende, theils in die geschichtliche Zeit (Abfassung der XII Tafeln) gerückte Hinübernahme fremder Einrichtungen, und einzelne Spuren fremder Rechtseinrichtungen lassen sich selbst noch im spätern römischen Recht nachweisen (z. B. die lex Rhodia) oder, wenn sonst der ausländische Name einen Schluß verstattet, wenigstens muthmaßen (z. B. hypotheca, hyperocha, emphyteusis, antichresis). Der eigentliche Schauplatz jedoch für die Entfaltung jenes Gesetzes ist die moderne Welt. Hier geht sie in einer Weise vor sich, daß die gesammte moderne Rechtsbildung dadurch zur antiken und orientalischen in den schärfsten Gegensatz gestellt wird. Die beiden Pole, zwischen denen dieser Gegensatz sich bewegt, die beiden Gedanken, welche die Universalgeschichte des Rechts in zwei Epochen zerlegen, sind der Gedanke der Nationalität und Universalität. Im Orient, im Alterthum erfolgt die Entwicklung des Rechts in der That im Wesentlichen so, wie Savigny sie lehrt: von innen heraus, aus dem Schooß des Volkslebens, und selbst das jus gentium der Römer, das bereits an den modernen Gedanken der Universalität heranragt und ihn für den internationalen Handelsverkehr zu verwirklichen suchte, war gleichwohl auf römischem Grund und Boden gewachsen. Eine Gemeinsamkeit in der Bewegung der verschiedenen Volksrechte, einen gemeinsamen Mittelpunkt im Recht, eine gemeinsame Wissenschaft suchen wir sowohl im Orient als Alterthum vergebens, jedes dieser Rechte existirt und entwickelt sich für sich, unabhängig von andern. Es gibt dort nur eine Geschichte der Rechte, keine Ge-

schichte des Rechts. In der modernen Welt dagegen nimmt die Geschichte des Rechts einen höhern Schwung, hier erhebt sie sich in Wahrheit zu einer Geschichte des Rechts. Die Fäden der einzelnen Rechte laufen hier nicht mehr neben einander, ohne sich zu berühren, sondern sie kreuzen sich, sie vereinigen sich zu einem Gewebe, für welches das römische und kanonische Recht den ursprünglichen gemeinsamen Einschlag bildet. Ueber der Unzahl der einzelnen Rechtsquellen ragen diese beiden Rechte als gewaltige Centralpunkte hervor und vereinigen die Praxis und Wissenschaft der verschiedensten Nationen zur Gemeinsamkeit der Action. Was ein Jurist in Spanien gedacht hatte, ersparte dem Gelehrten in Deutschland die Mühe, der Holländer baute fort auf der Grundlage, die der Franzose gelegt hatte, die Praxis der italiänischen Gerichte übte einen bestimmenden Einfluß auf die Rechtsprechung aller übrigen Länder aus. Welch' ein erhebendes Gefühl diese Gemeinschaft, überhaupt wie beneidenswerth die damalige Lage der Jurisprudenz! Eine völlig neue, jugendliche Wissenschaft mit all' dem Reiz und all' der Anziehungskraft, die der Anbruch eines frischen wissenschaftlichen Morgens in sich schließt, von vornherein emporgehoben auf die Höhe europäischer Universalität. Wie dürftig mußten von diesem Standpunkt die Landesrechte erscheinen — positive Satzungen, kümmerliche Versuche, für den Umkreis eines Ländchens eine Aufgabe zu lösen, welche das römische Recht bereits für den ganzen Erdkreis in unübertrefflicher Weise verwirklicht hatte — Schlagbäume für die Wissenschaft. In der That: es ist begreiflich, daß dieser Gedanke der Universalität, wie er der damaligen Welt vor allem in Gestalt des römischen Rechts aufging, etwas Berauschendes für die Juristen hatte — daß er Fanatiker erzeugte; alle neuen großartigen Ideen üben dieselbe Wirkung aus, es sind die Sonnenaufgänge in der Geschichte — die Mittagssonne begeistert nicht, nur die Morgensonne.

Aber das römische und kanonische Recht bezeichnen keineswegs die Gränzen dieser Gemeinsamkeit. Neben und außer ihnen tre-

ten in wechselnder Reihefolge noch eine Menge von Instituten, Fragen und Problemen heran, welche die Völker ebenfalls zum gemeinsamen Denken und Thun zusammenführen: das Lehnswesen, das Wechsel- Handels- und Seerecht; die Fragen des Strafrechts: die Abschaffung der Folter, der Todesstrafe, die Geschwornengerichte; die Aufhebung der Leibeigenschaft; die socialen, politischen, kirchen- und völkerrechtlichen Fragen — wer könnte sie alle nennen? Wer könnte sich Angesichts dieser Thatsachen der Ueberzeugung verschließen, daß die Geschichte des Rechts seit dem Mittelalter völlig neue Bahnen eingeschlagen hat, anderen und höheren Zielen nachstrebt als im Alterthum? Und so kurz vom Standpunkt der Jahrtausende aus gemessen auch das Stück Geschichte ist, das sich von dieser neuen Epoche des Rechts bisher entrollt hat, tritt es nicht schon jetzt mit aller Deutlichkeit hervor, daß der Gedanke der Universalität es ist, der ihren Charakter bestimmt und das Losungswort der gegenwärtigen Aera des Rechts enthält? Unter dem richtigen Gefühl dieses Zuges und Triebes der modernen Rechtsbewegung war es, daß das Naturrecht seine Lehre von der über Zeit und Ort erhabenen Allgemeinheit des Rechts proklamirte, und so wenig ich im übrigen den wissenschaftlichen Werth der auf diesem Gebiet zu Tage geförderten Leistungen hoch anschlagen will, die Richtung, welche das Naturrecht einschlug, war dem eigenthümlichen Gang der modernen Geschichte ebenso entschieden zugekehrt als die der historischen Schule mit ihrer einseitigen Geltendmachung des Nationalitätsprincips ihm abgewandt. Das Naturrecht war, weit entfernt außerhalb der Zeit zu stehen und die gegebenen Zustände zu ignoriren, in der That nur eine Idealisirung der vorhandenen Zustände; der Versuch, die Thatsächlichkeit der Gemeinsamkeit und Universalität des modernen Rechts wissenschaftlich wiederzugeben und zu begründen. Wenn sie dabei der Geschichte den Rücken drehte, anstatt sie, wie sie es gekonnt hätte, zu ihrer Unterstützung heranzuziehen, so war die Opposition, welche die „geschichtliche Richtung“ dagegen erhob, voll-

kommen berechtigt. Indem letztere aber die Begriffe geschichtlich und national vollständig identificirte, den Gedanken der Nationalität zum alleinigen und ausschließlichen Princip der Rechtsbildung erhob, beging sie damit einen Irrthum, der, wie ich im Bisherigen glaube nachgewiesen zu haben, durch die Geschichte selber, auf die sie sich berief, widerlegt wird. So lange die Wissenschaft sich nicht entschließt dem Gedanken der Nationalität den der Universalität als gleichberechtigten zur Seite zu setzen, wird sie weder im Stande sein die Welt, in der sie selber lebt, zu begreifen, noch auch die geschehene Reception des römischen Rechts wissenschaftlich zu rechtfertigen. [2])

Kehren wir nunmehr zu letzterer zurück, so werden wir in ihr nichts als eine jener culturhistorischen Anleihen erblicken, wie sie im Völkerleben so oft sich wiederholen und dem Plan der Geschichte: der gegenseitigen Aushülfe, Förderung, Erziehung der Völker durchaus entsprechen. Das Ungewöhnliche liegt hier nur in der Massenhaftigkeit des fremden Stoffs, der hier mit einem Male aufgenommen ward, ein Umstand, der für unsern Rechtsorganismus dieselbe Stockung, Störung, Beklemmung zur Folge hatte, wie sie eine Ueberladung mit Nahrung auch für den physischen Organismus nach sich zieht. Wenn diese Anleihe bei einem längst vergangenen Volk erfolgte, wenn die Erbschaft, welche dasselbe der Welt hinterlassen hatte, erst Jahrhunderte später angetreten ward, so hat dies nichts Befremdendes. Auch die griechische Cultur übte ihren bildenden Einfluß auf die modernen Völker erst aus, nachdem der ursprüngliche Träger derselben längst

---

2) Ob nicht gewisse Ansätze zu diesem Gedanken hie und da selbst bei den Vertretern des Nationalitätsprincips sich nachweisen lassen, mag immerhin zu bejahen sein. So nimmt z. B. Savigny selber einen solchen Anlauf (System des heutigen R. R. B. 1. S. 80), allein er hätte seine ganze Grundansicht aufgeben müssen, um den Gedanken consequent zu verfolgen, und er begnügt sich damit die Abschwächung des Nationalitätsprincips in der neueren Geschichte auf den „gemeinsamen christlichen Glauben zurückzuführen, der um alle neuen Völker ein unsichtbares Band geschlungen habe."

dahin war. Das Erbrecht gilt wie unter Individuen so auch unter Völkern; selbst die hereditas jacens, der Zwischenraum, wo der Erbe, dem sie bestimmt ist, noch nicht angetreten hat, wiederholt sich hier. Ausgeschlagen werden nur diejenigen Erbschaften, welche keinen Werth haben, die übrigen finden ihren Herrn. So auch die Erbschaften der Völker und speciell die, welche das römische uns in seinem Recht hinterlassen hat. Hatte das Genie, die geistige Arbeit, die Summe tausendjähriger Erfahrung und Beobachtung, die in ihm steckte, weniger Anspruch darauf der Menschheit zu gute zu kommen als die Meisterwerke griechischer Kunst und die Gedanken von Plato und Aristoteles? Hatte darum die Geschichte alle Bedingungen zum Gedeihen des Werks in Rom vereint und das Höchste hervorgebracht, um es mit selbstmörderischer Hand zu vernichten? Alles wahrhaft Große geht in der Welt nicht unter, und ob es schon scheinbar unterginge, es senkt wie die Pflanze, wenn sie abstirbt, das Samenkorn in die Erde, aus der es seiner Zeit, wenn die Sonne des Frühlings den Keim weckt, verjüngt wieder hervorgeht. Zu Lebzeiten des römischen Volks war das werdende Geschlecht der Völker noch nicht reif, um aus seinen Händen das werthvolle Geschenk, das ihm bestimmt war, entgegenzunehmen, es bedurfte noch geraumer Zeit, bis sie zu derjenigen Höhe der Cultur und Reife herangewachsen waren, wo das Bedürfniß und das Verständniß sich einstellte. Das römische Recht wartete.

Die Form, in der sie sich desselben zunächst bemächtigten, war die der Annahme desselben als Gesetzbuch. Diese Periode der äußern Gültigkeit des römischen Rechts war die Zeit der Schule, unbequem und unbehaglich, allein vorübergehend berechtigt und nothwendig. Aber die Schule soll einmal ein Ende nehmen. Als die Völker fühlten, daß sie der Schule entwachsen waren, schüttelten sie das Joch ab; neuere Gesetzbücher traten an die Stelle des Corpus Juris. Hatte damit das römische Recht seine Bedeutung für sie eingebüßt? Ebensowenig wie die Schule, wenn man nach erlangter Reife sie verläßt; was man darin gelernt hat, nimmt man

mit. Alle jene modernen Legislationen fußen auf dem römischen Recht, materiell wie formell, letzteres ist wie das Christenthum und die griechische und römische Literatur und Kunst ein Cultur-element der modernen Welt geworden, dessen Einfluß sich keineswegs auf diejenigen Institute beschränkt, die wir aus dem römischen Recht hinübergenommen haben. Unser juristisches Denken, unsere Methode, unsere Anschauungsweise, kurz unsere ganze juristische Bildung ist römisch geworden, wenn sonst der Ausdruck römisch für etwas allgemein wahres gebraucht werden darf, bei dem die Römer nur das Verdienst haben es zur höchsten Vollendung entwickelt zu haben. Ob wir dieses Besitzes bereits jetzt so sicher sind, daß wir das fernere Studium des römischen Rechts entbehren und dasselbe lediglich dem Gelehrten überweisen können? Es gab eine Zeit, wo man dies glaubte und in den Ländern mit neuern Gesetzbüchern die wissenschaftliche Verbindung mit dem römischen Recht abbrach. Die Erfahrung hat die Voreiligkeit dieser Annahme dargethan; die Oede und Dürre, welche die erste Literaturepoche dieser neuern Rechte kennzeichnet, hat erst dann einem frischern Leben Platz gemacht, seitdem man jene Verbindung wiederum aufgenommen hat. Daß nicht endlich einmal das Studium des römischen Rechts entbehrlich werden sollte, wird nur der bezweifeln können, welcher die modernen Völker auf dem Gebiet des Rechts zur ewigen wissenschaftlichen Unmündigkeit verurtheilt hält. Durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus — das ist der Wahlspruch, in dem für mich die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Welt beschlossen liegt.

Die äußere Verdrängung des römischen Rechts in dem bei weitem größten Theil seines bisherigen Geltungsgebiets begründet wie für das Leben so auch für die Wissenschaft einen entscheidenden Wendepunkt, einen eben so wichtigen wie einst die äußere Einführung desselben. Die formelle Einheit der Wissenschaft, wie sie einst durch die Gemeinsamkeit eines und desselben Gesetzbuches für den größten Theil Europas gegeben war, jenes Zusammenarbeiten der Jurisprudenz der verschiedensten Länder an

demselben Stoff und derselben Aufgabe ist mit der formellen Gemeinschaft des Rechts für immer dahin; die Wissenschaft ist zur Landesjurisprudenz degradirt, die wissenschaftlichen Gränzen fallen in der Jurisprudenz mit den politischen zusammen. Eine demüthigende, unwürdige Form für eine Wissenschaft! Aber es hängt nur von ihr selber ab jene Schranken zu überspringen und den Charakter der Universalität, den sie so lange besaß, in einer anderen Form als vergleichende Jurisprudenz sich für alle Folgezeit zu sichern. Ihre Methode wird eine andere, ihr Blick ein weiterer, ihr Urtheil ein reiferes, ihre Behandlung des Stoffs eine freiere werden, und so wird der scheinbare Verlust in der That zu ihrem wahren Heile ausschlagen, sie auf eine höhere Stufe der wissenschaftlichen Thätigkeit erheben. Daß diese neue Periode der Wissenschaft bereits zur Zeit begonnen hat, davon kann ein Blick auf unsere heutige Literatur, namentlich die des Staats- Straf- Handels- und Wechselrechts Jeden überzeugen.

Auch für die Bearbeitung des römischen Rechts wird in Folge dieser seiner praktischen Verdrängung ein Umschwung eintreten müssen. Während die bisherige Form derselben im Wesentlichen durch den Gesichtspunkt der praktischen Gültigkeit dieses Rechts beeinflußt war und beeinflußt sein konnte, wird diese Art der Behandlung nicht mehr ausreichen dem römischen Recht fernerhin das Interesse der Juristenwelt zu sichern. Dies wird nur dadurch zu erzielen sein, daß die Wissenschaft sich von der bloßen Darstellung zu einer Kritik des Positiven erhebt.

In dieser Richtung voranzugehen ist der Zweck und die Aufgabe der vorliegenden Schrift. Was sie beabsichtigt, ist eine Kritik des römischen Rechts, aber nicht eine Kritik des heutigen römischen Rechts vom Standpunkt der legislativen Politik aus, sondern eine geschichtsphilosophische Kritik d. h. eine solche, welche dasselbe auf seinem ganzen Wege von Anfang bis zu Ende begleitet, nicht um sich bei der äußern historischen Thatsache zu begnügen, wie es die römische Rechtsgeschichte zu thun pflegt, sondern um das innere Getriebe des geschichtlichen Wer-

dens, die verborgenen Triebfedern, die letzten Gründe, den geistigen Zusammenhang der gesammten Rechtsentwicklung zu ergründen. Nur auf diesem Wege wird es möglich werden ein wirkliches Urtheil über das römische Recht zu gewinnen, das Vergängliche und rein Römische in ihm von dem Unvergänglichen und Allgemeinen zu scheiden, nur auf diesem Wege endlich wird sich die Frage nach dem Werth des römischen Rechts, auf der doch schließlich seine Reception und die Bedeutung, die es für uns gewonnen hat und fernerhin hat, beruht., genügend beantworten lassen.

Bedürfniß der Lösung der Aufgabe — unsere heutige Wissenschaft und ihr wissenschaftlicher Apparat.

II. Bedarf denn die Aufgabe noch erst der Lösung? Sollte man nicht erwarten, daß sie bei der Fülle der geistigen Kraft, über die das römische Recht seit Jahrhunderten geboten hat, längst gelöst sei? Zu allen Zeiten wiederholten sich die Angriffe auf dieses Recht, zu allen Zeiten suchte man sie mit der Verweisung auf den hohen Werth desselben zurückzuschlagen; worin besteht denn derselbe? Welchen dankbareren Stoff zur Bethätigung hätte die Verehrung, die man diesem Recht zollte, finden können, als die Lichtseiten desselben hervorzuheben, und wie hätte man die Gegner wirksamer zum Schweigen bringen können? Aber unsere Literatur straft diese Erwartung Lügen, denn statt einer eingehenden Kritik des römischen Rechts gewährt sie uns nur gelegentliche allgemeine Aussprüche über die Trefflichkeit desselben, den eminenten Scharfsinn und praktischen Takt der römischen Juristen u. s. w. Weihrauch hat man dem römischen Recht genug gestreut, und es lagert sich, möchte ich sagen, um dasselbe eine glänzende Atmosphäre, durch die der Unkundige erst hindurchdringen muß, um sich ihm zu nähern; aber sobald er sie hinter sich hat, sobald der Gegenstand selber in seiner Nacktheit sich ihm zeigt, tritt eine bittere Enttäuschung ein, und man begreift nicht, worin die viel gepriesene Größe desselben bestehen soll. Bei längerer

Beschäftigung mit demselben offenbart sie sich freilich, aber mehr dem Gefühl als der Erkenntniß; es verhält sich damit, wie mit dem Zauber, den manche Persönlichkeiten ausüben: man fühlt ihn, ohne sich bewußt zu sein, worin er eigentlich beruhe. So hat auch das römische Recht auf tausende und aber tausende seiner Jünger die höchste Anziehungskraft ausgeübt; in ihnen allen lebte das Gefühl seiner Größe und artete nicht selten in fanatische Blindheit aus, aber an die wissenschaftliche Begründung dieses Gefühls hat man kaum gedacht. Man begnügte sich den Gegenstand auf das sorgfältigste zu erforschen und, wo es galt, ein Urtheil abzugeben, ihm in den allgemeinsten Ausdrücken ein glänzendes Zeugniß auszustellen. Bedürfte es aber eines solchen, käme es darauf an die Größe des römischen Rechts auch für den Unkundigen in ein helles Licht zu setzen und dem Zweifler den Mund zu schließen, so brauchte man nur die Thatsachen sprechen zu lassen; die Geschichte selbst hat dem römischen Recht das beste Zeugniß ausgestellt, in der Rolle, die es gespielt hat, liegt die Größe desselben in unverkennbaren Zügen ausgesprochen. Aber wenn man weiter dringt, wenn man frägt: worauf beruht sie denn, wodurch unterscheidet sich das römische Recht so sehr zu seinem Vortheile von andern Rechten, dann geben uns selbst die größten Kenner desselben nur ungenügende Antwort. Man preist den Scharfsinn und die Consequenz der römischen Juristen, aber damit ist gar wenig gewonnen. Dieselbe Eigenschaft findet sich in nicht minderm Grade, ja vielleicht mit einer noch schärferen Spitze in der talmudischen Jurisprudenz[2a]) und in der juristischen und moralischen Casuistik der Jesuiten,[2b]) und doch wie sehr treten beide hinter das römische Recht in den Schatten! Wenn man auch noch so viele Vorzüge der römischen Juristen namhaft machen will, so führen sie alle nur zu dem einen Satze, daß sie

---

2a) Man vergleiche z. B. den Schulchan Aruch (abgekürzte Uebersetzung. Hamburg 1838).

2b) Namentlich in der Lehre vom Eide und von der Ehe.

große Meister gewesen seien. Wer aber von irgend einem Product nachweisen will, daß und warum es ein Meisterstück sei, wird gewiß nicht den Weg einschlagen, daß er zeigt, der Urheber habe alle Eigenschaften besessen, um ein solches Meisterstück zu liefern, sondern er wird sich an das Werk selbst halten und alle Vorzüge desselben in das rechte Licht setzen.

Einen Ansatz zur eingehenderen Beantwortung der Frage vom Werth des römischen Rechts haben meines Wissens nur zwei Männer gemacht: Savigny und Stahl[2c]) — beide meines Erachtens in einseitiger und ungenügender Weise. Der gangbaren Ansicht, welche diesen Werth in seinem Inhalt gesucht hatte, tritt Ersterer in entschiedenster Weise entgegen, indem er denselben ausschließlich in seine Form, in die an dem Stoff sichbethätigende Methode der römischen Juristen setzt. Das materiell Werthvolle im römischen Recht, meint er, sei „so allgemeiner Natur, daß es meist schon durch gesunden Verstand ohne alle juristische Bildung gefunden werden könnte; um einen so leichten Gewinn habe es sich nicht gelohnt Gesetze und Juristen von zweitausend Jahren her zu unserer Hülfe zu bemühen." Er versucht dann die Methode der römischen Juristen zu charakterisiren, indem er das Wesen derselben in der Sicherheit findet, mit der dieselben die leitenden Grundsätze ihrer Wissenschaft beherrschen und zur Anwendung bringen, gewissermaßen „mit den Begriffen rechnen." Theorie und Praxis sei ihnen gar nicht verschieden, ihre Theorie sei bis zur unmittelbarsten Anwendung durchgebildet, und ihre Praxis werde stets durch wissenschaftliche Behandlung geadelt. Ueber den materiellen Werth des römischen Rechts könnten die Meinungen sehr verschieden sein, aber über die Meisterschaft in der juristischen Methode seien ohne Zweifel alle einig, welche hierin eine Stimme hätten.

2c) Ersterer in seiner Schrift: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Aufl. 3, S. 27 fl., dieser in seiner Philosophie des Rechts. 2. Aufl. Bd. 2. Abth. 1. Anhang.

Dies der Kern der Savigny'schen Ansicht. Es möge unerörtert bleiben, ob Savigny das Eigenthümliche der juristischen Methode wirklich getroffen, nach meinem Dafürhalten hat er es nicht, denn alles, was er von ihr aussagt, gilt von jeder praktischen Wissenschaft. Auch der Mediciner soll dieselbe Sicherheit der leitenden Grundsätze seiner Wissenschaft besitzen, auch bei ihm soll Theorie und Praxis in der Weise eins sein, daß er „mit Leichtigkeit vom allgemeinen zum besondern und vom besondern zum allgemeinen übergehen kann." Doch davon möge hier abgesehen werden. Ungleich wichtiger ist ein anderer Punkt. Nach Savigny beruht der Werth des römischen Rechts für uns im Wesentlichen darauf, daß die eigenthümliche Form, in der Justinians Compilatoren die juristische Literatur für ihre Zwecke verwandt haben, uns die Gelegenheit verschafft hat die römischen Juristen in ihrer Thätigkeit zu belauschen, gewissermaßen einen praktischen Operationscursus bei ihnen zu nehmen. Diese Form hinweggedacht, angenommen also die Compilatoren hätten den Stoff in die Gestalt eines modernen Gesetzbuchs gebracht — und das römische Recht wäre in Savigny's Augen seines Werths für uns beraubt worden. Er übersieht damit, daß in diesem Stoff selber, in den leitenden Grundsätzen, den Regeln, Eintheilungen, Rechtssätzen der Niederschlag der gesammten praktischen und theoretischen Arbeit eines Jahrtausends steckt, ein Schatz von Erfahrungen und Gedanken, der nicht erst dadurch seinen Werth erhält, daß der Zufall uns einen Einblick in die Art und Weise vergönnt hat, wie die klassischen Juristen denselben verwenden. So lehrreich und bildend es für den Jünger ist, den Meister in seiner Werkstätte arbeiten zu sehen, vergessen wir doch nicht, daß in dem Kunstwerk selber der Meister und Lehrer steckt. Der Inhalt des römischen Rechts, den Savigny für etwas so Gleichgültiges hält — was ist er anders, als die Ablagerung der römischen Jurisprudenz vom Anfange ihres Auftretens an bis zu ihrem Ende — in Verbindung mit all' den übrigen Factoren, welche dem römischen Recht seine Gestalt gegeben haben? In den Regeln, welche die römischen Juristen leh-

ren, in den positiven Rechtssätzen, die sie mittheilen, in den Eintheilungen, deren sie sich bedienen, in den Instituten, die noch heutzutage gelten — in ihnen allen steckt gebunden jene geistige Kraft, welche das römische Recht groß gemacht hat. Es hieße dieselbe sehr unterschätzen, wenn man sie mit Savigny mit der „juristischen Methode", wie er sie schildert — dem bloßen Virtuosenthum der Anwendung des Vorhandenen — identificiren wollte. Sie bethätigte sich nicht minder in der Gesetzgebung als in der Jurisprudenz, in der Sammlung und Verwerthung der praktischen Erfahrungen nicht minder als in den theoretischen Formulirungen, in der Erfindung und der Umgestaltung der Rechtssätze nicht minder als in ihrer Anwendung. Ein klares Auge für das, was dem Leben Noth that, eine sichere und geschickte Hand in der Wahl der richtigen Mittel, ein offenes Ohr für die Anforderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit, der Muth, den Lockungen der Consequenz zu widerstehen, wo sie mit den realen Interessen in Widerspruch geräth — das sind Eigenschaften, welche nicht minder schwer wiegen als der bloße zersetzende Verstand der Juristen und ihre, wenn ich es einmal so ausdrücken darf, manuelle Fertigkeit im Operiren. Selbst ein Savigny wird uns nicht glauben machen, daß wir das römische Recht je recipirt haben würden, wenn nicht diese Eigenschaften in Verbindung mit der rein formal juristischen Kunst demselben einen Grad der materiellen Brauchbarkeit verliehen hätten, der dasselbe für die realen Bedürfnisse und Anforderungen der modernen Welt geeignet gemacht hätte.

Um mein Urtheil über Savigny's Ansicht in ein Wort zusammen zu fassen, so mache ich ihr einen doppelten Vorwurf: erstens, daß sie den Werth des römischen Rechts ausschließlich in ein rein formales Moment: das technisch-juristische setzt, das Gewicht der übrigen den Werth der Rechte mit bestimmenden Factoren völlig übersieht, und zweitens, daß sie selbst in dieser einseitigen Richtung wiederum einer zweiten Einseitigkeit verfällt, indem sie, anstatt jenes Moment in dem Gesammtapparat des römischen Rechts: in seinen Instituten, Begriffen, Rechtssätzen als imprägnirt und

immanent anzuerkennen, es lediglich in der flüssigen Gestalt erfaßt, in der es uns durch den Zufall aufbewahrt ist, daß Justinian die römischen Juristen excerpiren anstatt verarbeiten ließ. Nach Savigny stände und fiele das römische Recht mit den justinianischen Pandekten; wäre es denkbar, daß dieselben einmal gänzlich in allen Exemplaren verloren gingen, so hätte es seinen Werth für uns eingebüßt, während meines Erachtens die eigentliche Substanz des römischen Rechts, wie sie in unsere moderne Gesetzgebung und Wissenschaft übergegangen ist, dadurch nicht erheblich gefährdet sein würde.

Der Versuch, den Stahl a. a. O. unternommen hat, den Werth des römischen Rechts zu bestimmen, enthält dem Savigny'schen gegenüber insofern einen Fortschritt, als Stahl das Charakteristische des römischen Rechts in der Gestaltung der Institute, nicht in der technischen Virtuosität der klassischen Juristen sucht. Wie wenig aber der Gesichtspunkt der Einseitigkeit der Verhältnisse, den Stahl anlegt, ausreicht, das Wesen des römischen Rechts zu ergreifen und seinen Werth zu bestimmen, davon wird hoffentlich das vorliegende Werk hinlänglich den Beweis liefern.[2d])

So haben auch Savigny und Stahl die Frage vom Werth des römischen Rechts kaum erheblich gefördert und die Aufgabe, die ich oben (S. 15) als die des gegenwärtigen Werks bezeichnete: die einer eingehenden Materialkritik des römischen Rechts, harrt zur Zeit noch ihrer Lösung. Es ist weder der Versuch einer Beurtheilung des römischen Rechts im Ganzen und Großen gemacht, noch pflegt bei der Bearbeitung einzelner Lehren von wenigen rühmlichen Ausnahmen abgesehen (vor allen G. Bruns Das Recht des Besitzes) eine kritische Betrachtungsweise für nothwendig erachtet zu werden. Man nimmt das römische Recht eben hin, als könne es nicht anders sein, als sei mit einer möglichst reinen Darstellung desselben die Aufgabe der Wissenschaft ihm gegenüber

---

2d) Ueber die relative Wahrheit dieses Gesichtspunktes s. II §. 39, wo zugleich S. 378 die Täuschung, in der Stahl rücksichtlich seiner befangen ist, angegeben ist.

völlig gelöst. Der Grundzug unserer ganzen dem römischen Recht zugewandten wissenschaftlichen Thätigkeit seit Jahrhunderten ist der des gläubigen Positivismus, unser Skepticismus reicht über die rein positiven Fragen, bei denen er allerdings nicht müde wird sich zu bethätigen, nicht hinaus, es genügt uns die Kenntniß, das Urtheil kümmert uns nicht weiter. Versteht sich etwa das Urtheil so sehr von selbst, daß die Wissenschaft nicht nöthig hat dabei an die Hand zu gehen? Das wäre ein großer Irrthum; man müßte gar keine Ahnung von der Bedeutung und dem Umfang dieser Aufgabe haben. Oder ist unsere Jurisprudenz bei ihrer praktischen Tendenz gleichgültig gegen alle Fragen, die sich nicht unmittelbar auf die praktische Anwendbarkeit des Rechts beziehen? Dies ist eben so wenig der Fall, wie ja die eifrige Cultur der römischen Rechtsgeschichte am besten bezeugt.

Nein, scheuen wir uns nicht, den Vorwurf auszusprechen: der Grund jenes Versäumnisses liegt nicht im Nicht-Wollen, sondern im Nicht-Können. Zu einer wahrhaften Kritik des römischen Rechts, zur Erforschung seines innersten Wesens und seiner letzten Gründe fehlt es unserer romanistischen Jurisprudenz sowohl an der subjectiven Fähigkeit wie an dem objectiven wissenschaftlichen Apparat. Die Beschaffenheit des Stoffes, dem ihre ganze Thätigkeit gewidmet ist, zwingt sie, denselben stets in größter Nähe, ich möchte sagen mit der exegetischen Lupe in der Hand zu betrachten, und diese Fertigkeit ist durch Uebung so sehr in ihr ausgebildet, ihr wissenschaftlicher Apparat, ihre Lupen und Mikroskope sind so scharf geschliffen, daß sie in der kleinsten unscheinbarsten Stelle aus den Pandekten oder Gajus gewissermaßen das Blut circuliren sehen kann. Aber wie dadurch einerseits das Auge für solche mikroskopische Beobachtungen geschärft wird, nimmt andererseits die Weitsichtigkeit desselben ab, und es stellt sich wohl gar geradezu eine Abneigung gegen die Einnahme entfernterer Standpunkte ein. Ist es nicht erklärlich, daß mancher, der jedes Sandkorn in der Nähe sieht, in allgemeineren Gesichtspunkten nichts erblickt als verschwimmende Umrisse, Seifenblasen, an denen

nur ungründliche Naturen Gefallen finden können? Unsere gegenwärtige Aufgabe erfordert aber durchweg ein Operiren mit allgemeinen Gesichtspunkten, eine Betrachtung aus der Ferne. Um das römische Recht zu beurtheilen, können wir uns nicht an einzelne Bestimmungen desselben halten, sondern wir müssen dasselbe principiell erfassen, wir sind daher beständig gezwungen zu abstrahiren. Statt der Lupe bedürfen wir, wenn der Vergleich erlaubt ist, der Teleskope, statt einer Kritik, welche die Ueberlieferungsform des römischen Rechts, die Handschriften, Varianten u. s. w. zum Gegenstand hat, einer Kritik des Rechts überhaupt, einer allgemeinen Naturlehre desselben. Wer messen will, bedarf eines Maßstabs, und den Maßstab zur Beurtheilung eines einzelnen Rechts kann uns nur die allgemeine Lehre von der Natur und Erscheinungsform des Rechts überhaupt geben. Wie dürftig ist es aber mit dieser Lehre bestellt, wie gering ist das Kapital von Begriffen, Anschauungen und Gesichtspunkten, das uns die heutige Jurisprudenz zu diesem Zwecke zu Gebote stellt. Mir ist dieser Mangel bei meiner Arbeit in hohem Grade fühlbar geworden. An wie mancher Erscheinung mußte ich ohne Ausbeute vorübergehen, bei der es mir doch gewiß war, daß sie einen geistigen Gehalt in sich schließe, den zu finden es nur einer Erweiterung der rechtsphilosophischen Auffassung bedürfe. Was uns im Leben täglich begegnet, geschieht auch in der Wissenschaft; gedankenlos gehen wir an manchen inhaltsreichen Erscheinungen vorbei, und wenn wir darauf aufmerksam gemacht sind, erscheint uns unser früheres Uebersehen unbegreiflich — die Verwunderung ist nach Plato der Anfang der Philosophie. So wird auch eine kommende Zeit es unerklärlich finden, daß unsere gegenwärtige Jurisprudenz, die eine so hohe Kenntniß des römischen Rechts besitzt, doch eine so geringe Beobachtungsgabe für die charakteristischen Eigenschaften desselben gehabt hat, daß uns verschlossen blieb, was demnächst, wenn der rechte Gesichtspunkt dafür gefunden, dem blöden Auge sichtbar ist. Mich hat bei meiner Aufgabe öfter das Gefühl beschlichen, als hätte ich vor mir den gestirnten Himmel; die Resul-

tate meiner Beobachtung erhöhen täglich in mir die Ueberzeugung, daß sich hier dem Forschergeiste noch ein unendliches Feld von Entdeckungen öffnet, aber bei jedem Schritte, den ich vorwärts zu machen strebe, hemmt mich, um im Bilde zu bleiben, der dürftige Apparat der Sternwarte und drängt mir die Ueberzeugung auf, daß er selbst erst vermehrt und verbessert werden muß, damit die Ausbeute lohnender werde. In demselben Maße, in dem die allgemeine Naturlehre des Rechts auf rechtsphilosophischem und empirisch-comparativem Wege sich vervollkommnet und an neuen Begriffen und Gesichtspunkten sich bereichert, wird auch die Einsicht in das wahre Wesen des römischen Rechts steigen. Jene Naturlehre selbst liegt heutzutage noch in der Kindheit, und die vorliegende Schrift hat neben ihrer Hauptaufgabe zugleich die Bestimmung diese Lehre um einige Beiträge zu bereichern, bei Gelegenheit der Beurtheilung eines einzelnen Rechts Gesichtspunkte aufzustellen, die dem Wesen des Rechts überhaupt entnommen sind, eine allgemeinere Wahrheit beanspruchen. Ihre Benutzung für unsern speziellen Zweck wird eine nähere Begründung derselben unvermeidlich machen, aber auch nur soweit jener Zweck es erheischt, werden wir es uns verstatten dieselben auszuführen.

Mit dieser Versicherung scheinen schon die nächsten Paragraphen in Widerspruch zu treten. Dieselben sollen nämlich die richtige Methode für eine rechtshistorische Darstellung vorzeichnen, und daß unsere Aufgabe rechtshistorischer Art ist, liegt auf der Hand, denn das römische Recht läßt sich ohne Eingehen auf seine Geschichte nicht beurtheilen. In wie fern unsere Aufgabe von der römischen Rechtsgeschichte abweicht, wird sich bei der Begründung der Methode am besten bestimmen lassen. Ich gehe bei dieser Begründung von der Idee aus, daß jede Darstellung der Geschichte des Rechts den beiden Begriffen des Rechts und der Geschichte eine Genüge thun soll — ein gewiß höchst unschuldiger Satz, den, möchte man sagen, kein Rechtshistoriker je außer

Augen gelassen hat. Aber in wie manchen Darstellungen der römischen Rechtsgeschichte zeigt sich das gerade Gegentheil, wie manche enthalten in Wahrheit weder eine Geschichte, noch eine Geschichte des Rechts, sondern eine nach Zeit und Inhalt angeordnete Zusammenstellung rechtshistorischen Materials, ein Inventarium der römischen Rechtsgeschichte. Die folgende Darstellung wird die Grundgebrechen der herrschenden Methode bezeichnen, und sie sind so tief eingewurzelt, daß es nicht ausreichte, sie durch die That zu widerlegen, sondern daß ich es für unerläßlich hielt, dem Versuch einer solchen thatsächlichen Widerlegung die Begründung der nach meiner Ansicht richtigen Methode vorauszuschicken. Letzteres selbst war nur durch eine zusammenhängende Entwicklung der aus den beiden Begriffen des Rechts und der Geschichte sich für den Rechtshistoriker ergebenden Consequenzen möglich. Es ist aber nicht auf eine philosophische Analyse beider Begriffe abgesehen, sondern unser Zweck verstattet es uns von einfachen, unbestrittenen Wahrheiten auszugehen und uns mit einfachen Resultaten zu begnügen. Die einfachsten Wahrheiten werden aber bekanntlich nicht selten übersehen oder nicht zur Anwendung gebracht, und dieser alte Satz bewährt sich auch hier.

Methode der rechtshistorischen Darstellung.

1. Anforderungen, die in der Natur des Rechts enthalten sind.

1. Anatomische Betrachtung des Rechtsorganismus — Die Bestandtheile desselben: Rechtssätze, Rechtsbegriffe, Rechtsinstitute — psychische Organisation des Rechts — Differenz zwischen dem objectiven Recht und der subjectiven Erkenntniß — (latente Bestandtheile des Rechts) — Aufgabe der Wissenschaft.

III. Wir gehen von der heutzutage herrschenden Auffassung des Rechts als eines objectiven Organismus der menschlichen Freiheit aus. Es ist gegenwärtig kein Streit mehr darüber, daß das Recht nicht, wie man es früher betrachtete, ein äußerliches

Aggregat willkührlicher Bestimmungen ist, welches der Reflexion der Gesetzgeber seinen Ursprung verdankt, sondern gleich der Sprache eines Volkes ein innerlich vollständiges Product der Geschichte ist. Menschliche Absicht und Berechnung hat freilich ihren Antheil an der Bildung desselben, aber sie findet mehr, als daß sie schafft, denn die Verhältnisse, in denen sich das Gattungsleben der Menschheit bewegt, warten nicht erst auf sie, daß sie dieselben aufrichtete und gestaltete. Der Drang des Lebens hat das Recht mit seinen Anstalten hervorgetrieben und unterhält dasselbe in unausgesetzter äußerer Wirklichkeit. Die Gestalt, welche die Sinnesart des Volks und seine ganze Lebensweise demselben aufgedrückt hat, ist das, was jede legislative Reflexion und Willkühr vorfindet, und woran sie nicht rütteln kann, ohne selbst zu Schanden zu werden. In steter Abhängigkeit von dem Charakter, der Bildungsstufe, den materiellen Verhältnissen, den Schicksalen des Volks verläuft die Bildungsgeschichte des Rechts, und neben den gewaltigen historischen Mächten, welche dieselbe bestimmen, schrumpft die Mitwirkung des menschlichen Verstandes, wenn er statt Werkzeug Schöpfer sein will, in Nichts zusammen.

Die reale, objective Schöpfung des Rechts, wie sie uns in der Gestaltung und Bewegung des Lebens und Verkehrs als verwirklicht erscheint, läßt sich als ein Organismus bezeichnen, und an dieses Bild des Organismus wollen wir unsere ganze Betrachtung anknüpfen. Indem wir dieses Bild benutzen, legen wir damit dem Recht die Eigenschaften eines Naturproductes bei, also Einheit in der Vielheit, Individualität, Wachsthum von innen heraus u. s. w. Diese Vergleichung, die Bezeichnung: organisch, naturwüchsig ꝛc. ist heutzutage eine sehr beliebte geworden, aber nicht selten ist sie ein prunkendes Aushängeschild, hinter dem sich eine ganz mechanische Behandlungsweise verbirgt, ein Glaubensbekenntniß in Worten, das man im ersten Paragraphen ablegt, um es nachher durch die That verläugnen zu dürfen.

Jeder Organismus macht eine doppelte Betrachtung möglich, eine anatomische und eine physiologische; jene hat die Be-

standtheile desselben und ihr Ineinandergreifen, also seine Structur, diese die Functionen desselben zum Gegenstand. Wir wollen das Recht diesen beiden Betrachtungsweisen unterwerfen[2e], und zwar wenden wir uns in diesem Paragraphen zuerst der Structur desselben zu.

Wie jeder Organismus zusammengesetzt ist aus verschiedenen Theilen, so auch der des Rechts. Je edler aber und zarter diese Theile organisirt sind, je weniger sie also auf der Oberfläche liegen, desto später kommen sie dem Menschen zum Bewußtsein, und dies gilt auch vom Recht. Bei jedem Volke hat die Kunde von der Organisation des Rechts, vom Aeußerlichen immer weiter zum Innerlichen aufsteigend, eine lange Stufenleiter zurücklegen müssen. Die Frucht dieser auf die Erkenntniß des Rechts gerichteten Thätigkeit ist das Aussprechen des Erkannten, ich nenne es das Formuliren des Rechts. Es geschieht theils aus dem Volke heraus, indem die thatsächlich beobachteten Normen in Form von Rechtssprüchwörtern ausgedrückt werden, theils durch den Gesetzgeber, indem er das in Form des Gefühls oder Gewohnheitsrechts vorhandene Recht ausspricht und anerkennt, theils endlich durch Doctrin und Praxis, indem sie sich der geltenden Rechtssätze oder ihrer Consequenzen bewußt werden. Alle diese Beiträge sind Ver-

---

2e) Erst seit dem Erscheinen der ersten Auflage bin ich auf eine Stelle von Bentham aufmerksam geworden, in welcher derselbe eine ähnliche Betrachtungsweise für das Recht aufstellt. Sie findet sich bei Etienne Dumont, Jeremias Benthams Principien der Gesetzgebung. Cöln 1833. S. XXIII. „Nicht in Büchern über das Recht, sagt er, habe ich Mittel zur Erfindung und Muster der Methode gefunden, vielmehr in Werken über Metaphysik, Physik, Naturgeschichte, Medicin. Indem ich einige neuere Abhandlungen über die zuletzt genannte Wissenschaft las, erregte die Classification der Uebel und Heilmittel in einem besondern Grade meine Aufmerksamkeit. Könnte man nicht dieselbe Anordnung auch auf die Gesetzgebung übertragen? Könnte der politische Körper nicht auch seine Anatomie, seine Physiologie, seine Nosologie, seine Materia medica haben? Was ich in Tribonian, Cocceji, Blackstone, Vattel, Pothier, Domat gefunden habe, ist sehr wenig; Hume, Helvetius, Linnee, Bergmann, Cullen sind mir weit nützlicher gewesen."

suche das Recht ins Bewußtsein zu bringen, und für alle diese Versuche gilt jener Satz, daß die Erkenntniß mit dem Aeußerlichen beginnend erst allmählig zum Innerlichen aufsteigt. Dies wollen wir im folgenden ausführen und, indem wir dem menschlichen Geist in dieser seiner Arbeit folgen, die Stufenleiter in der Organisation des Rechts selber kennen lernen.

Das erste, was er erblickt, sind die äußeren, praktischen Spitzen des Rechts, die Theile, deren Thätigkeit ihm sofort in die Augen springen muß: die Rechtssätze. Er sieht, daß etwas geschieht und sich stets wiederholt, er fühlt, daß es geschehen muß, und faßt dies Müssen in Worte. So entstehen die Rechtssätze. Aber wie weit bleiben diese Abstractionen hinter der Wirklichkeit, der sie entnommen sind, zurück; wie roh und lückenhaft ist das Bild, das sie uns von derselben gewähren. Sie gleichen den ersten plastischen Versuchen eines Volkes. So wenig wie man aus letzteren folgern dürfte, daß Menschen und Thiere zu jenen Zeiten so ausgesehen hätten, wie sie in diesen unvollkommnen Nachbildungen erscheinen, so wenig ist die Annahme verstattet, daß sämmtliche Rechtsregeln aus der Kindheitsperiode eines Volkes ein getreues Bild seines Rechts gewähren. Sie sind nichts als rohe Umrisse, wesentlich berechnet darauf durch die lebendige Anschauung ergänzt und vervollständigt zu werden; zwischen ihnen und dem Rechte, wie es thatsächlich zur Anwendung gelangt, herrscht sowohl in qualitativer wie quantitativer Hinsicht die größte Differenz.

Ist dies nicht eine gewagte Behauptung? Wie wissen wir denn, daß das Recht einen andern Umfang und Inhalt gehabt habe, als die uns erhaltenen Rechtssätze bekunden? Die Sache ist einfach. Um einen Gegenstand richtig darzustellen, ist eine doppelte Fähigkeit nöthig; die: ihn getreu in sich aufzunehmen und die: ihn getreu wieder zu geben, oder mit andern Worten Beobachtungsgabe und Darstellungstalent. Auf das Recht angewandt also ist erforderlich, daß der Darstellende unter der

bunten Hülle der concreten Lebensverhältnisse, aus denen er die Regel abstrahiren soll, den rechtlichen Kern wahrzunehmen und sodann, daß er ihn entsprechend zu formuliren verstehe. Wie wir aber in der uns umgebenden äußeren Natur täglich so manche bedeutungsvolle Erscheinung übersehen, und oft erst ein Zufall den Beobachter aufmerksam macht und ihn zu den wichtigsten Entdeckungen führt, ganz so ist es auch in der moralischen Welt, ja es gilt dies für sie, die nur mit dem geistigen Auge wahrgenommen werden kann, in noch viel höherm Grade. Wir finden eine bestimmte Organisation derselben vor und haben uns an die gleichmäßige Fortdauer derselben in einer Weise gewöhnt, daß wir gar nicht auf die Frage kommen, in wie weit diese Ordnung bloß factischer, zufälliger, in wie weit sie rechtlicher, nothwendiger Art sei. Da macht der Zufall, daß Jemand in irgend einem Punkt dieser Ordnung zuwider handelt, uns aufmerksam; wir werfen die Frage auf, und mit der Frage ist auch die Antwort, die Erkenntniß da. So verdankt vielleicht auch die Kunde der moralischen Welt dem Zufall ihre folgenreichsten Entdeckungen. Bei vielen Entdeckungen ist die Antwort weniger schwierig gewesen als die Frage, und der Wissenschaft, die vor lauter Antworten nicht zum Fragen gelangte, hat oft der Zufall zu Hülfe kommen und die rechten Fragen hinwerfen müssen.

Mühsam und langsam schleicht auf dem Gebiete des Rechts die Erkenntniß und auch bei hoher Reife der Wissenschaft entzieht sich manches ihrem Blicke. So groß die Virtuosität der klassischen römischen Juristen war, so gab es doch auch zu ihrer Zeit Rechtssätze, die da waren, ohne von ihnen erkannt zu sein, und die erst durch die Bemühungen der heutigen Jurisprudenz ans Tageslicht gebracht sind, ich bezeichne sie als latente Rechtssätze. Wenn man uns fragt: wie war dies möglich, da sie doch, um angewandt zu werden, erkannt sein mußten, so können wir statt aller Antwort auf die Sprachgesetze verweisen. Dieselben werden von Tausenden täglich angewandt, die nie etwas von ihnen gehört haben und selbst der Gebildete ist sich ihrer nicht

immer vollständig bewußt; was der Erkenntniß gebricht, ersetzt das Gefühl, der grammatikalische Instinct.[3])

Also die Entdeckung der vorhandenen Rechtsregeln ist bedingt durch die Beobachtungsgabe. Daß letztere aber nach Verschiedenheit der Zeiten und Individuen großer Abstufungen fähig ist, liegt eben so sehr auf der Hand, als daß das Maß derselben im allgemeinen sich nach der geistigen Bildung des Beobachtenden bestimmt. Wir werden also nicht Unrecht thun, wenn wir ungebildeten, rohen Völkern zurufen: Das wenigste von der Rechtswelt, die Euch umgibt, habt Ihr begriffen, das meiste entzieht sich Eurem Auge und lebt bloß in Eurem Gefühl; Ihr steht in Rechtsverhältnissen, ohne es zu wissen, Ihr handelt nach Normen, die Keiner von Euch ausgesprochen hat; die Rechtssätze, von denen Ihr Kunde habt, sind nur vereinzelte Streiflichter, welche die Welt des thatsächlichen Rechts in Euer Bewußtsein wirft.

---

3) Ich kann es mir nicht versagen hier eine Bemerkung von einem Sprachforscher, dessen Resultate ich im Laufe des Werks noch oft benutzen werde, mitzutheilen, nämlich von Pott Etymologische Forschungen auf dem Gebiete der Indo-Germanischen Sprachen u. s. w. Bd. 1. 1833. S. 146: „Jene umgekehrte Kurzsichtigkeit, welche wohl entfernte Punkte, aber nicht die ganz nahe liegenden wahrnehmen läßt, offenbart sich im geistigen Sinne am Menschen vorzüglich rücksichtlich der Kenntniß seiner Muttersprache. Diese bietet dem Fremden auf den ersten Blick eine Menge auffallender und hervorstechender Punkte dar, die der, welcher sie von Kindesbeinen an redet, eben der Gewohnheit wegen entweder nie oder nur schwer inne wird; jener wird schon äußerlich gezwungen darauf sein Augenmerk zu richten, während dieser erst den Reiz des Aufmerkens durch Willenskraft hervorbringen muß. Daher die bekannte Erscheinung, daß man sich in der Regel der Muttersprache erst durch die Erlernung fremder Sprachen recht bewußt wird, und daß es fast schwerer ist eine Grammatik der Muttersprache als einer fremden zu fassen. Ferner würde der größte Sprachvirtuose vielleicht der schlechteste Grammatiker sein und umgekehrt. Doch wozu dies? Um uns dem Wahne derer entgegenzustellen, welche die Autorität eines Nationalgrammatikers in All' und Jedem für heilig halten. Es gibt aber solche Böotier, und sie kehren wieder, so oft man sie auch mit den Zinken austreibt." Statt Sprache und Nationalgrammatiker setze man Recht und Nationaljurist und nomine mutato de narratur fabula.

Als zweite bei der Aufstellung von Rechtssätzen mitwirkende Eigenschaft bezeichneten wir das Formulirungsvermögen oder die Fähigkeit den entdeckten Rechtssätzen ihren angemessenen Ausdruck zu geben. Sie setzt eine richtige Erkenntniß voraus, aber sie ist noch nicht mit ihr gegeben; wie manche Anschauung steht klar und bestimmt vor unserer Seele, die wir doch nur höchst unvollkommen in Worte bringen können. Jedes, auch das relativ vollendetste Recht bietet uns Beispiele von mißlungenen Formulirungen d. h. nicht von Mißgriffen in den Bestimmungen selbst, sondern in ihrer Fassung, und beweist damit die hohe Schwierigkeit der hier zu betrachtenden Operation.[4]) Wenn letztere selbst zu Zeiten der höchsten geistigen Reife nicht immer gelingt, wie unvollkommen muß sie ausfallen bei einem Geschlechte, das geistiger Arbeit wenig gewohnt ist, wie groß also muß hier die Differenz zwischen dem thatsächlichen und dem formulirten Recht sein. Die Formulirung wird bald zu eng, bald zu weit sein. Bald werden wesentliche Voraussetzungen der Regel verschwiegen, vielleicht weil man ihrer gar nicht gedachte, vielleicht auch weil man sie für selbstverständlich ansah; bald lautet die Regel allgemein, ohne der nothwendigen Modificationen zu erwähnen; bald erscheint sie geknüpft an eine besonders hervortretende Spezies, während sie doch ihrer praktischen Gültigkeit nach die ganze Gattung betraf u. s. w.

Jene Differenz zwischen dem formulirten und thatsächlichen Recht ist nun sowohl quantitativer als qualitativer, extensiver als intensiver Art, oder m. a. W. neben den ausgesprochenen Rechtssätzen gibt es noch latente Rechtssätze, und die ausgesprochenen selbst enthalten nicht immer eine adäquate Formulirung, so daß also die Theorie es in ihrer Hand hat aus dem bestehenden Recht sowohl die Summe der Rechtssätze zu vermehren als letztere selbst zu verbessern. Je nach Verschiedenheit der Zeiten und Völker ist

---

4) Von den römischen Juristen öfter anerkannt, s. z. B. l. 1 l. 202 de R. J. (50. 17) l. 32 pr. de usur. (22. 1) l. 1 pr. de reg. Cat. (34. 7).

jene Differenz verschieden; es ist nicht bloß die Culturstufe, die sie bestimmt, sondern auch die Verschiedenheit der natürlichen Anlage, des angebornen Talents. Manchem Volke ist es weniger Bedürfniß sich sein Recht zum Bewußtsein zu bringen und es äußerlich zu fixiren, ein anderes ist von vornherein von diesem Triebe beseelt und besitzt auch die erforderliche natürliche Begabung. Letztere äußert sich weniger quantitativ in der Menge der Rechtssätze als in ihrer Beschaffenheit; ja es kann die quantitative Productivität gerade ein Zeichen von Schwäche sein. [5])

Wie graduell verschieden aber diese Differenz nach Verschiedenheit der Culturstufe immerhin sein möge, ganz gehoben wird sie nie. Bis jetzt wenigstens hat die Erfahrung bewährt, daß das Recht eine unversiegbare Quelle ist, aus der Theorie und Praxis täglich subjectiv neue d. h. bis dahin noch nicht erkannte Rechtssätze schöpfen, und bis jetzt noch haben sich die Formulirungen aller Zeiten als bildungs- und vervollkommnungsfähig bewiesen. Daß die rein doctrinellen Formulirungen beständig im flüssigen Zustande begriffen sind, täglich neue Formen annehmen, braucht kaum gesagt zu werden. Für den Laien aber bedarf es der Bemerkung, daß dasselbe auch bei den durch Gesetze ausgesprochenen Rechtssätzen der Fall ist und zwar nicht etwa — was sich von selbst versteht — bloß in der Weise, daß der Gesetzgeber selbst seine Versehen rectificirte, sondern auch ohne seine Beihülfe rein auf dem Wege doctrineller Thätigkeit. Dies geschieht theils durch die Interpretation, indem der wahre Sinn des Gesetzes einer zu engen oder zu weiten Wortfassung gegenüber festgestellt wird, theils durch die analoge Ausdehnung, die eine Fortbildung des Gesetzes selbst enthält, indem sie zeigt, daß die gesetzliche Bestimmung fälschlich an einen unwesentlichen Thatbestand geknüpft war, an eine einzelne Spezies anstatt an die Gattung, und folg-

---

5) Bei Gelegenheit der unten folgenden Betrachtung der systematischen Seite des Rechts wird sich dies leichter entwickeln lassen.

lich über die engen Gränzen, die sie selbst sich setzte, ausgedehnt werden müsse.[6])

Nachdem wir jetzt das Resultat gefunden haben, daß zwischen dem objectiven Recht, wie es thatsächlich herrscht und zur Anwendung gelangt, und seiner Fassung in Form von Rechtssätzen, dem Dogma keine vollständige Congruenz besteht, wollen wir eine Frage beantworten, die sich gewiß manchem Leser aufgedrängt hat. Man könnte nämlich meinen, daß jene mangelhaften Formulirungen eine nachtheilige Rückwirkung auf das Recht selbst ausüben müßten. Wie verhält es sich damit? Man muß unterscheiden. Gerade zu den Zeiten, wo sie am unvollkommensten sind, weil das Formulirungsvermögen auf der niedrigsten Stufe steht, droht diese Gefahr am wenigsten. Wo nämlich die Anwendung derselben zu einem Widerspruch mit dem Recht, wie es objectiv in der Wirklichkeit und subjectiv in dem Gefühl und der Anschauung lebt, führen würde, tritt letztere rectificirend dazwischen.[7]) Zwischen den Rechtssätzen und dem wirklichen Recht besteht hier also das Verhältniß, welches ein römischer Jurist[8]) für die regulae juris dahin angibt: regula est, quae rem, quae est, brevi-

---

6) Die analoge Ausdehnung wird am häufigsten in dem Falle eintreten, wenn zur Zeit der Erlassung des Gesetzes nur bestimmte einzelne Spezies der Gattung bekannt waren, und hinterher erst andere aufkamen z. B. ein Gesetz aus alter Zeit spricht bei der Münzfälschung von gemünztem Gelde, späterhin aber kömmt Papiergeld auf. Indem nun die Doctrin das Gesetz auf letzteres ausdehnt, geht sie von der Idee aus: Das Gesetz war für den Gattungsbegriff Geld (öffentlich beglaubigtes Tauschmittel) bestimmt, es erscheint aber an eine Spezies (Metallgeld) geknüpft, weil zur Zeit seiner Abfassung die Gattung noch mit dieser einen Spezies zusammenfiel; das wesentliche seines Thatbestandes liegt aber nicht in dem, was die Spezies auszeichnet (Metall), sondern in dem, was der Gattung gemein ist (Geld). Das Weitere in §. 39.

7) Auch hier verweise ich wieder auf die Analogie der Sprache. Unrichtige grammatikalische Regeln schaden dem Sprachgebrauch des Lebens zu den Zeiten am wenigsten, wo die Fertigkeit grammatischer Abstractionen am wenigsten ausgebildet ist.

8) Paulus in der l. 1 de R. J. (50. 17).

ter enarrat; non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat. Auch verdient dabei wohl beachtet zu werden, theils daß die Verhältnisse selber zu jenen Zeiten noch nicht so complicirt sind, theils daß diese Rechtssätze den Zeitgenossen, welche die concreten Rechtsverhältnisse täglich vor Augen haben, in einem ganz andern Lichte erscheinen als dem späteren Beobachter; jenen genügt eine unvollkommne Skizze, sie reproducirt in ihnen das vollständige Bild, während dieser eben nichts darin erblickt als rohe Umrisse. Man könnte sie auch Notizen nennen, die sich ein Volk über die Erweiterung seines Rechtsbewußtseins macht. So dürftig sie sind, so unverständlich für jeden Dritten, der die Voraussetzung ihres Verständnisses nicht mitbringt, so sind sie doch für den, der sie aus seiner lebendigen Anschauung des Lebens und dem Allen gemeinsamen Rechtsgefühl zu ergänzen vermag, vollkommen ausreichend.

Je mehr nun im Laufe der Zeit die Frische und Lebendigkeit der unmittelbaren Anschauung des Rechts abnimmt, um so mehr steigt (wie bei der Sprache) der Einfluß der Theorie auf die Anwendung des Rechts und damit auch die Möglichkeit, daß Mißgriffe, welche sie bei der Formulirung ihrer Rechtssätze begangen hat, praktische Nachtheile hervorrufen. Aber in demselben Maße, in welchem das Bedürfniß nach richtiger theoretischer Erfassung des Rechts fühlbarer und dringender wird, mehrt sich auch das Vermögen seiner Befriedigung — die Formulirung des Rechts kömmt dem Recht selber immer näher, aus einer dürftigen Skizze sucht sie ein wirklicher „Spiegel" zu werden.

Welchen Nutzen gewährt uns die bisherige Ausführung für unsern Zweck, was sind die Consequenzen, die sich daraus für die Methode der Darstellung des Rechts ergeben? Zwei Sätze sind es, oder richtiger ein Gedanke, der uns nach zwei Seiten hin nutzbar werden soll. Der Grundgedanke nämlich, den wir bisher entwickelt haben, daß die Rechtssätze nur die äußersten praktischen Spitzen des Rechts sind, aber weder extensiv noch intensiv den realen Gehalt desselben erschöpfen, dieser Grundgedanke richtet

an uns nach der einen Seite eine Warnung, nach der andern eine Aufforderung. Eine Warnung — nämlich die, das Recht irgend einer Zeit nicht mit ihren Rechtssätzen zu identificiren. Je niedriger die Bildung der Zeit, je geringer ihre Fertigkeit zu abstrahiren und zu formuliren, um so weniger dürfen wir glauben, wie in ihren ersten dürftigen Grammatiken eine zutreffende Darstellung ihrer Sprache, so in ihren Rechtssätzen, und wären sie uns auch sämmtlich erhalten, ein getreues Bild ihres Rechts zu besitzen. Was wir an denselben haben, ist das Bewußtsein der Zeit über ihr Recht, nicht das Recht selber. An diese Warnung knüpft sich denn nothwendig die Aufforderung, das Recht selbst, oder da wir es hier nur zunächst mit einem Theile des Rechts, den Rechtssätzen zu thun haben, sie selbst richtiger zu formuliren, so wie die latenten Rechtssätze ans Tageslicht zu bringen. Es scheint freilich höchst gewagt, wenn der vielleicht um mehrere Jahrtausende später lebende Historiker sich vermessen will, den Rechtssätzen der Vergangenheit erst ihre wahre Gestalt zu geben; es klingt paradox, daß ein Rechtssatz lange, nachdem er aufgehört hat zu existiren, erst entdeckt werden soll. Aber ist dies in der That so vermessen? Wie manche geschichtliche Erscheinung wird erst begriffen, nachdem sie längst vorübergegangen ist, wie manche Persönlichkeit erst richtig gewürdigt, nachdem das Grab sich über ihr geschlossen hat. Jede Zeit ist ein Räthsel, das nicht sie selber, sondern erst die Zukunft löst. Wenn der Blick der Nachwelt nicht weiter trüge als der der Zeitgenossen, so wäre die Geschichtswissenschaft eine todte, zum ewigen Stillstand verdammte Wissenschaft, sie könnte sich darauf beschränken für jede Periode die gleichzeitigen Darstellungen abdrucken zu lassen. Dasselbe Recht, dessen sich jeder Historiker bedient, daß er seine Quellen einer Kritik unterzieht und auf Grund derselben ein selbständiges Bild der Vergangenheit entwirft, dasselbe Recht vindicire ich dem Rechtshistoriker. Die überlieferten Formulirungen des Rechts der Vergangenheit sind die Wegweiser, nicht die Gränzpfähle seiner Forschung.

Wir gehen jetzt in der Betrachtung der Structur des Rechtsorganismus einen Schritt weiter. Die Rechtssätze, welche wir bisher behandelt haben, sind abstrahirt aus einer Betrachtung der Lebensverhältnisse und bestimmt, die denselben innewohnende Natur auszusprechen und sie ihnen zu sichern. Zur Bildung der rechtlichen Form eines einzigen Lebensverhältnisses müssen aber oft verschiedene einzelne Rechtssätze zusammenwirken, sie finden also in diesem ihnen gemeinsamen Zweck ihren Vereinigungspunkt und lagern sich um ihn wie die Muskeln um den Knochen. Das in dieser Weise rechtlich geformte Lebensverhältniß kann seinerseits wiederum in abhängiger Beziehung zu einem andern stehen, sich zu demselben verhalten z. B. als Phase, als ein transitorisches Moment desselben, wie der Erwerb und Verlust der Rechte zu den Rechten selbst; oder als Folge, wie die Succession des Erben in die Schulden des Erblassers zu der Antretung der Erbschaft; oder als Species zu der Gattung, wie der Kaufcontrakt zu den Contrakten, und diese zu den Obligationen. Auf diese Weise schießen denn die einzelnen Rechtsverhältnisse, die als solche Gegenstand abgesonderter rechtlicher Beurtheilung werden können, wiederum zu größeren systematischen Einheiten — den Rechtsinstituten — zusammen, die, um bildlich zu sprechen, uns das feste Knochengerippe des Rechts darstellen, an das die ganze Substanz desselben an Rechtssätzen sich anschließt.

Es ist die Aufgabe der Wissenschaft diese Gliederung des Rechts zu erforschen, für das Kleinste wie das Größte die richtige Stelle aufzusuchen. Diese systematische Seite der Jurisprudenz ist für die Erkenntniß des Rechts von ungleich höherer Bedeutung, als es auf den ersten Blick scheint, und wir wollen sie daher einer genaueren Betrachtung unterziehen.

Diese Bedeutung besteht nicht darin, daß das Recht ohne seinen systematischen Zusammenhang nicht verstanden werden kann, denn das ist bei jedem Gegenstande der Erkenntniß der Fall. Auch das bedarf heutzutage wohl keiner Bemerkung, daß das System ebensowenig beim Recht wie bei jedem andern

Gegenstande keine Ordnung sein soll, die man in die Sache hineinbringt, sondern eine solche, die man herausholt. Jene ist die der Sache selbst fremde Logik eines Schematismus, in den sie gewaltsam hineingepreßt wird; es ist ein Netz, das man ebensogut über dieses als über jenes Recht werfen könnte; das die Auffassung der Structur des individuellen Gegenstandes mehr erschwert als erleichtert. System ist gleichbedeutend mit innerer Ordnung der Sache selbst und daher immer ganz individuell; diesem Rechte ist ein anderes System eigenthümlich als jenem. Bei dem Rechte besteht nun das Unterscheidende der systematischen Thätigkeit darin, daß dadurch nicht bloß wie bei jeder andern Wissenschaft das einzelne an seine richtige Stelle gebracht wird, sondern daß dieser formale Prozeß eine materielle Rückwirkung auf den Stoff ausübt, daß durch diese Procedur mit den Rechtssätzen eine innere Umwandlung vor sich geht. Die Rechtssätze treten gewissermaßen in einen höhern Aggregatzustand, sie streifen ihre Form als Gebote und Verbote ab und gestalten sich zu Elementen und Qualitäten der Rechtsinstitute. So bilden sich aus ihnen z. B. die Begriffe der Institute, der Thatbestand der Rechtsgeschäfte, die Eigenschaften der Personen, Sachen, Rechte, Eintheilungen aller Art u. s. w. Ein Laie, der gewohnt ist sich einen Rechtssatz in imperativischer Form zu denken, würde es kaum für möglich halten, welch' bedeutender Theil des Rechtssystems sich ganz dieser Form entledigen, und ebensowenig wie den Rechtsbegriffen, Eintheilungen u. s. w. kurz der dogmatischen Logik eine intensivere praktische Bedeutung innewohnen kann als den Rechtssätzen. Diese Logik des Rechts ist gewissermaßen die Blüthe, das Präcipitat der Rechtssätze; in einen einzigen richtig gefaßten Begriff ist vielleicht der praktische Inhalt von zehn früheren Rechtssätzen aufgenommen. Wir wollen einige Beispiele geben, und zwar nehmen wir zuerst einige Eigenschaften der Sachen, von denen man am wenigsten sagen sollte, daß sie aus Rechtssätzen entsprungen seien und sich wieder in solche umsetzen ließen.

Bei der Eintheilung in res in commercio und extra commercium läßt sich dies noch am ersten einsehen; der Rechtssatz, der sich unter derselben verbirgt, lautet: gewisse Sachen sollen der Privatherrschaft völlig entzogen sein. Schwieriger ist es bei der Eintheilung der zusammengesetzten und einfachen, theilbaren und untheilbaren Sachen, denn sie betrifft nicht einmal eine juristische, sondern eine bloß natürliche Eigenschaft der Sachen. Und doch ist auch sie von praktischer Kraft, es liegt in ihr z. B. folgender Rechtssatz: Wenn eine Sache mit einer andern in Verbindung gebracht wird und zwar von der und der Beschaffenheit, so gehen alle bisher an der hinzutretenden Sache bestandenen Rechtsverhältnisse unter; ist sie von der und der Beschaffenheit, so geht nur der Besitz unter, das Eigenthum und andere Rechte aber dauern fort; so lange die Verbindung dauert, steht der Eigenthümer der zusammengesetzten Sache in den und den Rechtsverhältnissen zu den einzelnen Theilen; wird sie aber wieder aufgehoben, so gilt hinsichtlich des Besitzes und der Usucapion dieses, hinsichtlich der reivindicatio und des Eigenthumes u. s. w. jenes. Kurz es sind viele praktische Fragen, die sich bei der Auflösung einer Sache in mehre und der Zusammensetzung mehrer zu einer aufwerfen lassen, und die mittelbar durch die Entwicklung der hier in Rede stehenden Eigenschaften der Sachen beantwortet werden. Nehmen wir als anderes Beispiel den Begriff irgend eines Rechtes z. B. des Pfandrechtes. Die Definition desselben lautet: Pfandrecht ist ein Recht an einer fremden Sache, vermöge dessen man sie verkaufen und den Erlös zur Befriedigung einer Forderung verwenden darf. Darin liegen folgende Rechtssätze: 1) es ist die Verabredung rechtlich statthaft, daß ein Gläubiger zur Befriedigung seiner Forderung eine fremde Sache verkaufe; 2) wenn die Sache ihm abhanden kömmt, so hat er eine Klage gegen den dritten Besitzer auf Herausgabe derselben (in rem actio); 3) die verpfändete Sache muß eine fremde sein; an eigner Sache kann kein Pfandrecht bestehen, daher geht dasselbe unter, wenn der Gläubiger das Eigenthum an der verpfändeten

Sache erwirbt; 4) die Existenz einer Forderung ist Voraussetzung des Pfandrechts, mithin geht es unter, wenn die Forderung erlischt und entsteht erst in dem Augenblick, wo die Forderung existent wird u. s. w.

Diese Präcipitirung der Rechtssätze zu Rechtsbegriffen scheidet die wissenschaftliche Auffassung und Behandlung eines Rechts von der Darstellung desselben in einem Gesetzbuch. Der Gesetzgeber kann sich darauf beschränken seine Anforderungen in ihrer ursprünglichen, unmittelbar praktischen Form aufzustellen, die Wissenschaft aber hat nicht bloß die Aufgabe dieselben zu erläutern und zu ordnen, sondern sie auf logische Momente des Systems zu reduciren. Der Gesetzgeber gibt uns so zu sagen zusammengesetzte Körper, die ihn bloß von Seiten ihrer unmittelbaren Brauchbarkeit interessiren, die Wissenschaft hingegen nimmt eine Analyse derselben vor und zerlegt sie in einfache Körper. Dabei zeigt sich denn, daß manche scheinbar heterogene Rechtssätze aus denselben Elementen gebildet sind, also gestrichen, gespart werden können; daß der eine von dem andern nur das Plus eines einzigen Momentes voraus hat, also die Angabe desselben genügt; daß mancher Rechtssatz ganz und gar aus verschiedenen einfachen begrifflichen Elementen besteht, also umgekehrt durch Zusammensetzung derselben gewonnen werden kann. So bringt also die Analyse erst die wahre Natur der Rechtssätze zur Erkenntniß, und ihr Resultat besteht darin, daß die Wissenschaft statt der endlosen Menge der verschiedenartigsten Rechtssätze eine übersichtliche Zahl einfacher Körper gewinnt, aus denen sie auf Verlangen die einzelnen Rechtssätze wieder zusammensetzen kann.[13]) Der Nutzen beschränkt sich aber nicht bloß auf diese Vereinfachung, die gewonnenen Begriffe sind nicht bloße Auflösungen

13) Es kann freilich auch völlig unauflösbare Bestimmungen geben, rein positive Vorschriften, die jeder Bemühung der Wissenschaft spotten, und die sich eben nur als Rechtssätze an der betreffenden Stelle des Systems aufführen lassen.

der gegebenen Rechtssätze, aus denen immer nur letztere selbst sich wieder herstellen ließen, sondern ein noch höherer Vortheil liegt in der hierdurch bewerkstelligten Möglichkeit einer Vermehrung des Rechts aus sich selbst, eines Wachsthums von innen heraus. Durch Combination der verschiedenen Elemente kann die Wissenschaft neue Begriffe und Rechtssätze bilden; die Begriffe sind productiv, sie paaren sich und zeugen neue. Die Rechtssätze als solche haben nicht diese befruchtende Kraft, sie sind und bleiben nur sie selbst, bis sie auf ihre einfachen Bestandtheile reducirt werden und dadurch sowohl in aufsteigender als absteigender Linie zu andern in Verwandtschaftsverhältnisse treten d. h. ihre Abstammung von andern Begriffen offenbaren und selbst ihrerseits wieder andere aus sich hervorgehen lassen. [14])

Bisher haben wir den Einfluß betrachtet, den diese Analyse und systematische Verarbeitung der Rechtssätze auf das Recht selbst äußert; wir können ihn mit einem Worte bezeichnen als die Erhebung der Rechtssätze zu logischen Momenten des Systems. Auch dem Leben gegenüber hat diese Operation die größte Bedeutung; sie liefert uns nämlich, können wir sagen, die einfachen Reagentien für die unendlich complicirten concreten Fälle des Lebens. Wer letztere nur mit Rechtssätzen in der Hand entscheiden wollte, würde in unaufhörlicher Verlegenheit sein, denn die Combinationskunst des Lebens ist so unerschöpflich, daß die reichste Casuistik eines Gesetzbuches ihren ewig neuen Fällen gegenüber dürftig erscheinen würde. Vermöge jener wenigen Rea-

14) Um ein Beispiel zu geben, so nehmen wir an, ein neuerer Gesetzgeber habe das ganze Pfandrecht neu regulirt. Die Thätigkeit der Wissenschaft wird darin bestehn, daß sie das Pfandrecht zuerst in seine beiden Elemente auflöst: das dingliche (das Recht an einer fremden Sache) und obligatorische (die persönlichen Forderungs-Verhältnisse zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner). Sodann untersucht sie weiter, welche Modification der Begriff eines Rechts an der Sache und der Begriff der Forderung in dieser Combination im Pfandrecht erleidet; diese Modification ist dann das Spezifische des Pfandrechts, das allein einer nähern Verarbeitung bedarf, und in dem das productive Princip des Pfandrechts liegt.

gentien hingegen lösen wir jeden Fall auf. Ich möchte mich noch eines anderen Vergleiches bedienen, nämlich jene systematische oder logische Structur des Rechts das Alphabet desselben nennen. Das Verhältniß, in dem ein casuistisch abgefaßtes Gesetzbuch zu einem auf seine logische Form reducirten Recht steht, ist dasselbe wie zwischen der chinesischen Schriftsprache und der unsrigen. Die Chinesen haben für jeden Begriff ein besonderes Zeichen, ein Menschenleben reicht kaum aus sie zu erlernen, und neue Begriffe erfordern bei ihnen erst eine Feststellung ihrer Zeichen. Wir hingegen haben ein kleines Alphabet, mittelst dessen wir jedes Wort auflösen und zusammensetzen können; leicht zu erlernen und nie uns im Stich lassend. So enthält auch ein casuistisches Gesetzbuch eine Menge von Zeichen für bestimmte einzelne Fälle; ein auf seine logischen Momente reducirtes Recht hingegen bietet uns das Alphabet des Rechts, mittelst dessen wir alle noch so ungewöhnlichen Wortbildungen des Lebens entziffern und darstellen können.

Es läßt sich jetzt auch die Bemerkung begreiflich machen, die wir früher hinwarfen, daß nämlich der quantitative Reichthum an Rechtssätzen ein Zeichen der Schwäche sei. Er bekundet nämlich die Schwäche der intellectuellen Verdauungskraft, das Unvermögen, aus der Menge der Rechtssätze die logische Quintessenz herauszuziehen und in Fleisch und Blut aufzunehmen. Dies Vermögen ist gerade die charakteristische Eigenschaft der Jurisprudenz und die beständige Bethätigung desselben an den Rechtssätzen ihre unerläßliche Pflicht. [14a])

14a) Ein helles Schlaglicht auf das im Text Gesagte wirft der Bericht der zu der Abfassung des russischen Gesetzcodex eingesetzten Commission (Précis des notions historiques sur la formation du corps des lois russes. Saint-Petersburg. 1833). Seit dem Gesetzbuch von 1649 waren 35000 Gesetze erlassen, von dieser wüsten Masse fehlten aber in den Privatsammlungen, welche bis zu 5000 Rubeln kosteten, sehr viele, aus einer bestimmten Periode mehr als die Hälfte, 48 Jahrgänge waren gar nicht darin vertreten. Und doch findet die Commission den Hauptgrund der Unvollkommenheit des Rechtszustandes in der unzureichenden Zahl der Ge-

Kehren wir nun mit dem im bisherigen gewonnenen Resultat zu unserm Ausgangspunkt zurück, so hat sich also unsere Kenntniß des Rechtsorganismus dahin erweitert, daß die meisten Rechtssätze sich zu logischen Momenten des Rechts und diese wieder zu höheren Ordnungen gestalten, so daß von eigentlichen Rechtssätzen als solchen nur sehr wenig zurückbleibt. Diese, wie wir sie oben nannten, Präcipitirung der Rechtssätze im System ist nicht ein Werk subjectiven Beliebens, keine von der Wissenschaft vorgenommene Verarbeitung des Stoffes, sondern sie liegt in dem Rechte selbst; indem wir sie vornehmen und uns von den Rechtssätzen freimachen, vertauschen wir eine unvollkommne, äußerliche Betrachtung des Gegenstandes mit einer innerlichen Auffassung desselben. So wie das System nichts äußerlich in den Gegenstand hineingetragenes ist, sondern seine eigne Ordnung, so ist auch die scheinbar durch die systematische Thätigkeit bewirkte logische Gliederung und Transsubstantiation der Rechtssätze in der That nur das Erkennen der wahren Natur des Rechts. Dem geübten Auge erscheint das Recht als ein logischer Organismus von Rechtsinstituten und Rechtsbegriffen, dem ungeübten als ein Complex von Rechtssätzen; jenes ist die innere Natur des Rechts, dieses die dem praktischen Leben zugewandte Außenseite.

Wenn wir nun schon hinsichtlich dieser Außenseite des Rechts zu dem Satze gekommen sind, daß die Erkenntniß derselben mit Schwierigkeiten verbunden und daher oft sehr mangelhaft ist, so gilt dies von jener logischen Structur des Rechts in einem noch viel höheren Grade. Das unmittelbar praktische Bedürfniß führt nur zu der Erkenntniß von Rechtssätzen, es gehört eine besonders glückliche Naturanlage eines Volkes dazu, wenn es von den Rechtssätzen frühzeitig zur Entdeckung des Rechts-Alphabets gelangt. Wir werden sehen, daß darin gerade die ungewöhnliche

---

setze (S. 86)! Erst wenn der ganze Wust bei einander sei, glaubt sie einen Aufschwung der Jurisprudenz in Aussicht stellen zu können (S. 96, 100) — sicherer wäre es gewesen das Meiste davon zu verbrennen.

Prädestination des römischen Volks zur Cultur des Rechts sich manifestirt hat. Die hohen Schwierigkeiten dieser Methode der Behandlung des Rechts wurden aber selbst noch den klassischen römischen Juristen fühlbar. Omnis definitio in jure civili (Bildung des Begriffs aus dem Material der Rechtssätze) sagen sie,[15]) periculosa est; parum est enim ut non subverti possit; und es kommen Fälle vor, wo sie sich für unvermögend erklären den Begriff genau zu bestimmen und darauf dringen, daß man sich aus dem Leben eine Anschauung desselben erwerben müsse.[16])

Auch hier also ist wieder dem später Stehenden die Gelegenheit gegeben die Auffassung des Rechts der Vergangenheit von Seiten der Zeitgenossen zu verbessern, sich zum Bewußtsein zu bringen, was ihm verschlossen blieb. Wenn sie ihm bloß ein Aggregat von Rechtssätzen überlieferten, so soll er versuchen aus ihnen den logischen Organismus des Rechts wieder herzustellen; wenn sie ihm bloß die dem Leben zugewandte Außenseite des Rechts zeigten, soll er bemüht sein die innere logische Substanz desselben zu entdecken.

Wir schreiten jetzt in unserer Betrachtung des Rechtsorganismus abermals einen Schritt weiter, und zwar ist es der letzte, den wir zu thun haben. Wenn wir das Recht eines und desselben Volkes zu verschiedenen Zeiten betrachten, so finden wir, daß die einzelnen Rechtsinstitute, so groß auch immer ihr logischer Gegensatz sein möge, z. B. das Erbrecht, Obligationenrecht, die Vor-

15) L. 202 de R. J. (50. 17).

16) z. B. bei der Mora. L. 32 pr. de usuris (22. 1) . . . nam difficilis est hujus rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit: an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque juris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti, quam juris. So wenig aber auch die Begriffsformulirungen der römischen Juristen immer genügen, so sehr lebten doch die Begriffe in ihnen, wie die meisterhafte Anwendung derselben zeigt.

mundschaft u. s. w., dennoch zu einer und derselben Periode etwas gemeinsames, wir wollen sagen, eine gewisse Aehnlichkeit in ihrem physiognomischen Ausdruck haben, ja daß dieselbe höher, augenfälliger sein kann als die Aehnlichkeit eines und desselben Institutes in seinen verschiedenen Entwicklungsphasen mit sich selbst. Es berechtigt uns dies zu dem Schluß, daß in dem gesammten Rechtsorganismus gewisse Kräfte thätig sind, welche den Geist, Zuschnitt, die Richtung der einzelnen Institute bestimmen. Mit dieser Gleichheit der treibenden Kräfte verträgt sich aber wie in der Natur so auch in der moralischen Welt sehr wohl eine Verschiedenheit der Aeußerungsform. Daß z. B. die Cultur des römischen Rechts einen Aufschwung nimmt zu derselben Zeit, wo die römische Freiheit zu siechen beginnt, ist äußerlich ebenso verschieden, als wenn im Thale die Bäume blühen und auf den Bergen der Schnee schmilzt — aber in beiden Fällen war eine Ursache wirksam. Je üppiger die Lebenskraft, um so mannigfaltiger die Form ihrer Aeußerung, je matter, um so ärmer. So können denn auch im Recht dieselben Kräfte in dem einen Institut eine Beschränkung, in dem andern eine Erweiterung, dort eine Abschwächung, hier eine Kräftigung bewirken.

In diesen treibenden Kräften bewährt sich erst recht die Einheit und Individualität des Organismus; wären sie nicht vorhanden, so würde das Recht nur ein Aggregat von einzelnen Instituten sein; sie repräsentiren uns also gewissermaßen das Herz des Rechtsorganismus, von dem aus belebend und erwärmend das Blut durch alle Theile strömt und ihnen jenen individuellen Charakter verleiht, an dem man erkennt, daß das Recht diesem Volke und dieser Zeit angehört. In jeder Ader fühlen wir bald schwächer, bald stärker den Pulsschlag der allgemeinen Ideen, Anschauungen, Bestrebungen dieses Volks und dieser Zeit, langsam und kaum merklich führen sie den einzelnen Instituten ihren Nahrungsstoff zu und bewirken, indem sie selbst dem Wechsel der Zeit ausgesetzt sind, damit auch eine entsprechende Veränderung des ganzen Organismus — es ist das psychische Moment des Rechts,

das sich zu der sichtbaren Aeußerlichkeit desselben verhält wie die Seele zum Körper. So ist denn der Geist des Volks und der Geist der Zeit auch der Geist des Rechts.

So viel schwieriger nun die Erkenntniß des Geistes ist als die des Körpers, so viel schwieriger ist die Erforschung dieses psychischen Moments — des Geistes des Rechts — gegenüber der des Körpers des Rechts. Während die Rechtssätze sichtbar auf der Oberfläche liegen, während die Rechtsinstitute und Rechtsbegriffe durch ihre praktische Anwendung sich fast von selbst dem Bewußtsein aufdringen, ruhen jene treibenden Kräfte des Rechts im tiefsten Innern, wirken höchst allmählig, durchdringen zwar den ganzen Organismus, aber treten vielleicht an keinem einzigen Punkte so deutlich hervor, daß man sie nothwendigerweise wahrnehmen müßte. Kein praktisches Bedürfniß zwingt dazu sich ihrer bewußt zu werden, denn sie sind nichts Praktisches, keine Rechtssätze, sondern nur Qualitäten, Charakterzüge der Rechtsinstitute, allgemeine Gedanken, die als solche gar keiner Anwendung fähig sind, sondern nur auf die Gestaltung der praktischen Sätze des Rechts einen bestimmenden Einfluß ausgeübt haben.

So kann es uns denn nicht Wunder nehmen, daß diese Seite des Rechts sich dem geistigen Auge am spätesten und unvollkommensten erschließt, daß nicht selten gerade diejenigen Tendenzen und Gedanken, an deren Verwirklichung diese Generation arbeitet, ihr selbst verborgen bleiben und erst einem nachfolgenden Geschlecht klar werden. Wenn irgend etwas erst die höhere Natur des Rechts bewahrheiten müßte, zeigen, daß es nicht Menschenwerk, nicht bloßes Product der Reflexion ist, so würde man nur auf diese Erscheinung zu verweisen haben. Ein Gesetzgeber, der mit dem vollen Bewußtsein seiner Zwecke und Absichten ein Gesetz erläßt, kann nicht anders als glauben, daß es rein sein Werk sei, nur soviel enthalte, als er habe hineinlegen wollen, und doch schiebt ihm, ohne daß er es ahnt, der Geist der Zeit den Stoff unter, aus dem er es formt, und sein ganzes Thun und Treiben, dessen Einheit und Nothwendigkeit er selbst nicht begriff, erscheint dem

spätern Beobachter als ein völlig abgeschlossener einzelner Moment der gesammten Entwicklung des Rechts. Wie die Pflanze, die sichtbar nichts äußeres aufnimmt, doch aus der Erde und der Luft ihre ganze Nahrung zieht, so erhält auch jedes Recht aus dem Erdreich, in dem es wurzelt, und aus der Atmosphäre, in der es wächst, unmerklich die Elemente seines Lebens. Während es geschieht, sieht unser stumpfes Auge es nicht, aber nachdem es geschehen, kommen wir durch die Wirkung zur Erkenntniß der Ursache.

Wenn das Gesagte nun selbst für das vorgerückte Lebensalter gilt, um wie viel mehr für die Jugend- und Kindheit-Zeit derselben. Dem Historiker kann es vielleicht mit leichter Mühe gelingen ihrem ganzen Ringen und Streben die richtige Deutung zu geben, die ihnen selber noch ein Geheimniß war. Aus jedem Rechtsinstitute können gewisse nationale Grundanschauungen uns mit überraschender Klarheit entgegentreten, deren doch das Volk selber sich niemals bewußt ward, oder deren es sich nur in Form der Ahnung zu bemächtigen verstand. Denn das ist freilich nicht selten, daß diese unausgesprochenen Gedanken in der Mythe, der Etymologie, der Symbolik u. s. w. in geheimnißvoller, verschleierter Weise sich einen Ausdruck verschafft haben — der träumende Genius des Volks legt mitunter ein Selbstgeständniß ab, dessen er sich im wachenden Zustande nicht bewußt ist.

Der Historiker findet hier also ein fruchtbares Feld für seine Thätigkeit vor, aber verhehlen wir es uns nicht, zugleich ein sehr schlüpfriges. Je weiter er auf demselben vorzudringen, je mehr er sich der Werkstätte der Geschichte zu nahen sucht, um so nebelhafter, verschwimmender werden die Gestalten, die ihm begegnen, um so mehr stellen sich statt der Geister, die er verfolgt, Irrlichter ein, die ihn vom wahren Wege abzuleiten drohen. Schon mit Manchem, der ausging den Geist einer Sache zu suchen, hat dieser Geist ein neckisches Spiel getrieben, ihn bald hierhin bald dorthin gelockt und ihm statt seiner selbst ein Phantom in die Hände gespielt, das nur dem Suchenden selbst, keinem Dritten als das

erscheinen konnte, was es sein sollte. Dadurch sind denn diese Versuche bei Vielen in Mißcredit gekommen, und der wissenschaftliche Spießbürger, der nur glaubt, was er mit Händen greifen kann, bleibt seiner Natur nur treu, wenn er in ihnen nichts als ein eitles Spiel der Phantasie erblickt. Es ist begreiflich, daß gerade unter den Juristen eine solche Stimmung verbreitet ist; der ungläubige Thomas, der auch vom Fühlen mehr hielt als vom Sehen, wäre viel geeigneter ihren Schutzpatron abzugeben als der heilige Ivo.

Während uns nun unsere ganze bisherige Betrachtung stets auf den Satz zurückgeführt hat, daß das Recht selbst nicht zusammenfällt mit dem subjectiven Bewußtsein, und sich uns daraus für die Bearbeitung desselben die Anforderung ergeben hat auch die latenten Seiten und Theile des Rechts ins Bewußtsein zu bringen, beschränkt sich die herrschende Methode im Wesentlichen auf eine Reproduction des Dogmas d. h. die Wiedergabe der Gesetze, Rechtssätze und Begriffe, welche die geschichtliche Tradition ihr überliefert hat. Ihr beständiger Refrain für das römische Recht ist Quellenstudium, und der kühnste Gedanke, dessen sie fähig ist, besteht in der Wiedererweckung der reinen römischen Theorie. Wäre es möglich, so würfe sie wohl alles, was nicht direct im römischen Recht ausgesprochen ist, über Bord und schraubte unsere wissenschaftliche Bildung auf den Standpunkt von Ulpian und Paulus zurück. Aber die Zeiten von Ulpian und Paulus sind für immer vorüber und werden trotz aller Bemühungen nicht wiederkehren. Um sie zurückzuwünschen, muß man vergessen, daß jede Zeit Original und nicht Copie einer andern sein soll, daß jede Zeit einen und denselben historischen Gegenstand unter dem ihr eigenthümlichen Gesichtspunkt betrachten darf und muß, und daß auf diese Weise mit jedem neuen Geschlecht neue Seiten des Gegenstandes selber sich enthüllen. Dieser Richtung gegenüber that es Noth unsere Ansicht näher zu begründen und der Bearbeitung

des römischen Rechts sowohl der dogmatischen als rechtshistorischen ein höheres Ziel zu stecken als das der bloßen Reproduction des römischen Dogmas.

2. Physiologische Betrachtung des Rechtsorganismus — Die Function desselben im Leben — Formale Realisirbarkeit des Rechts — Die Aufgabe des Historikers gegenüber dem Recht der Vergangenheit.

IV. Der Zweck der Organe liegt in ihren Functionen; die Organe sind vorhanden, damit sie bestimmte Verrichtungen ausüben. Diesem Zwecke gemäß ist ihre ganze Organisation gestaltet. Wie dies vom physischen Organismus gilt, so auch von dem des Rechts. Auch hier führt also erst die Kenntniß der Functionen des Rechts zum Verständniß seiner Organe, die Physiologie zum wahren Verständniß der Anatomie.

Nichts ist mithin verkehrter, als ein Recht gleich einem philosophischen System bloß von Seiten seines geistigen Gehaltes, seiner logischen Gliederung und Einheit zu beurtheilen. Möge es unter diesem Gesichtspunkt immerhin als Meisterstück erscheinen, so ist doch damit über seinen wahren Werth noch in keiner Weise entschieden; letzterer liegt in seinen Functionen d. h. in seiner praktischen Brauchbarkeit. Was nützt es, daß eine Maschine den Eindruck eines Kunstwerkes macht, wenn sie als Maschine untauglich ist? Man sollte nun glauben, daß dieser functionellen Seite des Rechts die gebührende Beachtung nie hätte entgehen können. Und doch finden wir nicht selten das Gegentheil. In demselben Maße nämlich, in dem die im vorigen Paragraphen besprochene Umwandlung des Rechts aus dem niedern Aggregatzustand der Rechtssätze in den höhern der Begriffe (S. 37) vor sich geht, wird jene functionelle Seite des Rechts dem Blick entrückt. Die imperativische Form der Gebote und Verbote, der Ausdruck „so und so soll es sein“ erregt fast nothwendig die Frage nach dem „warum“; anders aber, wenn die Rechtssätze diese Form abgestreift und sich in Rechtsbegriffe verwandelt haben. Hier wendet

sich die Kritik viel eher ihrer logischen Prüfung zu als einer Betrachtung ihrer praktischen Brauchbarkeit. Ja, es kann der Darstellende sich leicht der Täuschung hingeben, es sei etwas Hohes und Großes, den Stoff so zu verarbeiten, als sei derselbe eine Emanation des Begriffes, der Begriff also das ursprüngliche, seiner selbst wegen da seiende, während doch in der That die ganze logische Gliederung des Rechts, und sei sie noch so vollendet, nur das Secundäre, das Product der Zwecke ist, denen sie dienen soll. Daß die Begriffe so und so gestaltet sind, hat seinen Grund eben darin, daß sie nur in dieser Gestalt den Bedürfnissen des Lebens genügen, und sehr häufig ist aus dieser Rücksicht die freie logische Entwicklung derselben unterbrochen oder gehemmt. Ohne solche Eingriffe würde oft der logische Kunstwerth des Rechts ein höherer, die praktische Brauchbarkeit desselben aber eine geringere sein.[18])

Die Function des Rechts im allgemeinen besteht nun darin sich zu verwirklichen. Was sich nicht realisirt, ist kein Recht, und umgekehrt was die Function ausübt, ist Recht, auch wenn es noch nicht als solches anerkannt ist (Gewohnheits-Recht). Die Wirklichkeit beglaubigt erst den Text, den das Gesetz oder eine andere Formulirung des Rechts aufstellt, als wahrhaftes Recht, sie ist mithin das einzige sichere Erkenntnißmittel desselben. Aber sie ist mehr, sie ist zugleich der Commentar und die Kritik jenes Textes. Usus longo tempore unus est legum corrector,

---

18) Diese Eingriffe des Lebens in die logische Entwicklung des Rechts nennen die Römer jus singulare, die Logik des Rechts selbst ratio, auch regula juris z. B. l. 16 de legib. (1. 3) Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. L. 15 ibid. In his, quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris. Dem jus singulare selbst wird von den römischen Juristen mit Recht die logische Productivität abgesprochen, damit der Riß im Recht nicht größer werde als nöthig. Es gilt also zwar seinem ganzen Inhalt nach, aber es ist kein productives Princip l. 14 ibid: Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.

wie Livius (45, 32) sagt. Kein Gesetzbuch, keine theoretische Zusammenstellung des Rechts irgend einer Zeit und irgend eines Volkes läßt sich daher ohne die Kenntniß der realen Zustände dieses Volkes und dieser Zeit begreifen. Warum die Rechtssätze da sind, was sie sollen, wie sie durch das Leben in ihrer Wirksamkeit beeinträchtigt oder unterstützt werden u. s. w. — auf alle diese Fragen ertheilt nur das Leben selbst eine Antwort. Die Formulirung des Rechts, die wir vor uns liegen haben, ist nichts als der Plan einer Maschine; die beste Erläuterung und zugleich die Kritik desselben gibt uns die Maschine, wenn sie geht. Gar manche unbeachtete Feder offenbart dann eine tiefeingreifende Wichtigkeit, und manche sehr in die Augen springende und scheinbar sehr nöthige Walze stellt sich als ziemlich entbehrlich heraus. In den Zwecken und Bedürfnissen dieser bestimmten Zeit liegt der Grund, warum dieses Institut vorhanden ist oder diese bestimmte Gestalt trägt; in den Voraussetzungen, die sie mitbringt, der Grund, der jenes Institut möglich und wiederum ein anderes überflüssig macht. Eine weitere Ausführung dieses Gedankens, daß jedes Recht nur vom Standpunkt des wirklichen Lebens aus begriffen werden kann, ist selbst für Laien unnöthig,[19]) aber eine

---

19) Ich will mir nur noch erlauben auf das Verhältniß, das hinsichtlich der einzelnen Rechtsinstitute zwischen ihrer anatomischen Structur und Lage und ihren Functionen Statt findet, aufmerksam zu machen. Es kann Institute geben von verschiedener anatomischer Structur mit gleichen oder ähnlichen Functionen z. B. das Vermächtniß und die donatio mortis causa, die altrömische Verpfändung in Form der fiducia (Eigenthumsübertragung) und das neuere pignus, die Cession und Delegation, die cura und tutela, der Untergang der Klage und der Verlust des Rechts durch jenseitige Ersitzung u. s. w. Umgekehrt kann die Structur eine ähnliche sein oder bei einem und demselben Institut im wesentlichen dieselbe bleiben, die Functionen aber sehr auseinander gehen, wie z. B. bei der Staatsverfassung der Republik, die im Anfang der Kaiserzeit ihrer anatomischen Structur nach dieselbe blieb (Volk, Senat, Magistrat). — Unsere juristische Methode legt leider ein gar zu großes Gewicht auf die anatomische Structur der Institute, und ein zu geringes auf die Functionen. Von diesem Standpunkt aus ist es eine Consequenz, wenn z. B. Puchta die Vormundschaft ins Obligationenrecht stellt.

Eigenschaft des Rechts, die durch den Zweck der Verwirklichung desselben geboten ist, bedarf hier einer nähern Ausführung. Ich nenne sie die formale Realisirbarkeit desselben.[19a])

Ich unterscheide nämlich zwischen materieller und formaler Realisirbarkeit eines Rechts und verstehe unter jener die Brauchbarkeit oder Angemessenheit der materiellen Bestimmungen des Rechts. Sie ist natürlich durchaus relativ, bedingt durch die oben bezeichneten Beziehungen des Rechts zum Leben, die Anforderungen dieser Zeit, die Eigenthümlichkeit dieses Volkes, die Gestalt dieses Lebens. Unter formaler Realisirbarkeit aber verstehe ich die Leichtigkeit und Sicherheit der Anwendung des abstracten Rechts auf die concreten Fälle. Je nachdem diese Operation einen geringeren oder höhern Aufwand geistiger Kraft erfordert und ihr Resultat sicherer oder unsicherer ist, spreche ich von einer höhern oder geringeren formalen Realisirbarkeit. Es ist aber nicht die Leichtigkeit oder Schwierigkeit des Verständnisses der anzuwendenden Rechtssätze gemeint. Sobald man einen Rechtssatz einmal richtig begriffen hat, ist diese Aufgabe ein für alle Mal gelöst und wiederholt sich nicht bei jedem einzelnen Fall seiner Anwendung. Die Aufgabe hingegen, von deren Schwierigkeit oder Leichtigkeit hier die Rede ist, betrifft die Anwendung des Rechtssatzes, den Umsatz der abstracten Regel in concretes Recht, und sie ist bei jedem einzelnen Fall von neuem zu lösen. Die Anwendung des Rechtssatzes besteht darin, daß das, was er abstract hinstellt, concret ermittelt und ausgedrückt wird, und dies kann sehr leicht, aber auch unendlich schwer sein. Es hängt dabei zwar viel von der Geschicklichkeit und dem richtigen Blick des Anwendenden ab (der juristischen Diagnose), allein die objective Schwierigkeit oder Leichtigkeit der Anwendung des Rechtssatzes

---

19a) Ich nehme des Zusammenhanges wegen die folgende Darstellung aus der ersten Auflage unverändert hinüber, obschon sie denselben Gegenstand betrifft, den ich in der Theorie der Technik (B. 2 Abth. 1) unter dem Namen der Praktikabilität des Rechts zum zweiten Mal behandelt habe, s. daselbst S. 347 ff.

wird durch ihn selbst bestimmt, dadurch nämlich, ob er seine Bestimmungen an schwer oder leicht erkennbare Kriterien angeknüpft hat. Jeder Rechtssatz knüpft an eine bestimmte Voraussetzung („wenn Jemand dies und das gethan hat") eine bestimmte Folge („so soll dies und das eintreten");[20] ihn anwenden heißt also 1) untersuchen, ob die Voraussetzung im concreten Fall vorliegt und 2) die bloß abstract ausgedrückte Folge concret ausdrücken, z. B. den Schaden, den Jemand ersetzen soll, in Geld abschätzen. Nun hängt begreiflicherweise sehr viel davon ab, wie jene Voraussetzung und Folge lautet. Nehmen wir einmal beispielsweise die Behandlung der Injurie im ältern und spätern römischen Recht. In jenem bestand die Folge der Injurie d. h. ihre Strafe in einer bestimmten Geldsumme (25 As), in diesem war sie dem Ermessen des Richters überlassen. Stand dort einmal fest, daß eine Injurie begangen war, so ergab sich die Folge (Verurtheilung in 25 As) von selbst; hier hingegen bedurfte es zu dem Zweck noch erst einer genauen Würdigung der individuellen Verhältnisse dieses Falles, z. B. der socialen Stellung des Beleidigenden und des Beleidigten, der Zeit, des Ortes u. s. w., und die Feststellung der Strafe mochte dem Richter oft sehr schwer fallen. Hinsichtlich der „Voraussetzung" liegt ebenso sehr auf der Hand, daß wenn sie allgemein auf „Ehrenkränkung" gestellt ist, die Untersuchung, ob diese Voraussetzung im concreten Fall begründet sei, weit schwieriger ist, als wenn sie, wie in manchen alten Gesetzen, auf ein bestimmtes, äußerlich leicht erkennbares Factum lautet z. B. „wenn einer den andern geschlagen, eines Verbrechens beschuldigt hat" u. s. w.

---

20) Diese Form („wenn — so") ist die einfachste, deutlichste und liegt jedem Rechtssatz zu Grunde, wenn sie gleich äußerlich nicht hervortritt z. B. „Unmündige sollen bis zum 25. Jahr unter Vormundschaft stehen, Bürgschaften der Frauen sind ungültig u. s. w." Die Voraussetzung ist hier: wenn Jemand noch nicht 25 Jahr alt ist, wenn eine Bürgschaft vorgenommen wird und zwar von einer Frau; die Folge die: so soll er unter Vormundschaft stehen u. s. w.

Je allgemeiner und innerlicher die Voraussetzungen und Folgen eines Rechtssatzes bestimmt sind, desto schwieriger die concrete Ermittlung derselben; je concreter und äußerlicher, desto leichter. Diese Leichtigkeit der concreten Erkennbarkeit des Abstracten ist aber praktisch wichtiger als die logische Vollendung des abstracten Inhalts. Bestimmungen, die in materieller Beziehung plump zugeschnitten, aber an äußerliche, in concreto leicht zu erkennende Kriterien geknüpft sind, wiegen in praktischer Beziehung Rechtssätze auf, deren geistiger Gehalt und Zuschnitt noch so tadellos ist, bei denen aber die formale Realisirbarkeit außer Acht gelassen ist. Denn die Wichtigkeit dieser letzteren Eigenschaft liegt nicht bloß darin, daß die Operation der Anwendung des Rechts erleichtert und vereinfacht wird, also auch beschleunigt werden kann, sondern daß die gleichmäßige Verwirklichung des Rechts dadurch gesichert wird. Je äußerlicher und in die Augen springender die Merkmale für eine Klassification bestimmt sind, um so sicherer die Aussicht, daß jedes Stück richtig klassificirt wird; je innerlicher, um so mehr steigt die Gefahr der Mißgriffe.

Diese Rücksicht nun auf die Leichtigkeit der Anwendung übt auf die logische Entwicklung des Rechts einen bestimmenden Einfluß aus, zwingt die Rechtsbegriffe häufig von ihrer ursprünglichen Reinheit nachzulassen, um eine Gestalt anzunehmen, in der sie praktisch leichter gehandhabt werden können. Was sie nach der einen Seite einbüßen, gewinnen sie reichlich wieder nach der andern. Wir wollen dies an dem Beispiel der privatrechtlichen und politischen Handlungsfähigkeit (Volljährigkeit und Wahlrecht) deutlich machen. Angenommen ein Gesetzgeber wollte dieselbe normiren und ginge von der Idee aus: volljährig soll derjenige sein, welcher die nöthige Einsicht und Charakterfestigkeit besitzt, um seinen Angelegenheiten selbständig vorzustehen, wahlfähig und wählbar derjenige, der die Fähigkeit und den Willen hat das Beste des Staats zu befördern. So richtig nun diese Idee ist, so verkehrt würde es doch sein sie in dieser abstracten Gestalt zum Gesetz zu erheben. Welche Zeit und Mühe würde verloren gehen, um die

Existenz dieser Voraussetzungen im concreten Fall zu ermitteln, welche unerschöpfliche Quelle von Streitigkeiten würde der Gesetzgeber damit erschlossen, wie sehr damit der Willkühr des Richters einen freien Spielraum geöffnet und selbst bei untadelhafter Anwendung seines Gesetzes die Klagen über Partheilichkeit provocirt haben! Wie kann er dies alles vermeiden? Er stellt statt jener Voraussetzungen andere auf, die mit denselben in einem gewissen regelmäßigen, wenn auch nicht nothwendigen Nexus stehen und den Vorzug einer leichteren und sicherern concreten Erkennbarkeit voraus haben, also z. B. das zurückgelegte 25ste Jahr bei der Volljährigkeit, den Besitz eines gewissen Vermögens, die Ausübung gewisser Berufsarten u. s. w. bei der Wahlfähigkeit. Dieses Ablassen von der ursprünglichen legislativen Idee, diese Vertauschung der in abstracter Beziehung offenbar richtigeren Voraussetzung mit einer weniger richtigen und zutreffenden, aber praktisch leichter erkennbaren Voraussetzung wird also durch den Zweck des Rechts, durch die wünschenswerthe Leichtigkeit und Sicherheit seiner Functionirung geboten. Möge es auch in der Anwendung hie und da zu Mißverhältnissen führen, in unserm Beispiel also die Volljährigkeit und Wahlfähigkeit in einzelnen Fällen ausgeschlossen oder gegeben sein, wo sie es der abstracten Idee nach nicht sollte; immer wird jene Behandlungsweise vom Standpunkt des Lebens aus den Vorzug verdienen, und dieser Standpunkt ist ja für das Recht der allein entscheidende.

Der Gedanke der formalen Realisirbarkeit des Rechts ist also ein der logischen Innerlichkeit der Rechtsbegriffe fremdes Princip, das die freie Entwicklung derselben vielfach modificirt und beeinträchtigt. Dieses Princip zwingt dazu, die Innerlichkeit des Begriffes auf die Außenseite zu verlegen, für die inneren Unterschiede und Begriffe äußere möglichst zutreffende Kriterien aufzusuchen, kurz es führt zur Ausbildung einer juristischen Symptomatik. Als einzelne Ausflüsse dieses Princips mögen hier außer der so eben besprochenen Veräußerlichung der „Voraussetzungen" und der damit auf gleicher Linie stehenden Veräußer-

lichung der „Folgen“[21]) noch genannt werden die Präsumtionen,[22]) die durch Gegenbeweis entkräftet werden können, die Fictionen, bei denen diese Möglichkeit ausgeschlossen ist, die Formen der Rechtsgeschäfte[23]) u. s. w.

Der Gedanke, den wir bisher ausgeführt haben, daß das Recht irgend eines Volkes und irgend einer Zeit nicht begriffen und beurtheilt werden könne, wenn man es bloß von Seiten seiner anatomischen Structur, als Rechtssystem erforschen und darstellen will, hat etwas so einleuchtendes, daß man kaum begreift, wie man bei der Behandlung der römischen Rechtsgeschichte, vor allem bei der des Privatrechts diesen Fehler begehen konnte.[24]) Und doch ist dies in hohem Maße der Fall. Die meisten Darstellungen der römischen Rechtsgeschichte enthalten nichts als eine Geschichte des Dogmas d. h. der Gesetzgebung und Doctrin, nicht aber eine Darstellung des Rechts, wie es in der Wirklichkeit existirte. Das

---

21) z. B. statt der Zuerkennung des im einzelnen Falle erst zu liquidirenden Interesses die Annahme eines Aversionalquantums (im römischen Recht Verzugszinsen, duplum des Werthes der Sache und der Früchte, bestimmte Geldstrafe, sponsio tertiae partis, Uebertragung des Besitzes zur Strafe, fructus licitatio u. s. w.).

22) Von unserer heutigen Wissenschaft und Gesetzgebung im Vergleich mit der römischen Jurisprudenz viel zu wenig gefördert; nur unsere Wechselordnung und unser Handelsgesetzbuch machen davon eine rühmliche Ausnahme. Man hält es wohl gar für etwas Verdienstliches allen nicht im römischen Recht selbst ausgesprochenen Präsumtionen, welche die frühere Praxis in ganz verständiger Weise aufgestellt hatte, den Krieg zu erklären!

23) z. B. beim Testament. Ohne solche Formen würde die Frage, ob und was Jemand über seinen Nachlaß verfügt habe, in concreto sehr schwer zu beantworten sein; man könnte in Versuchung kommen Aeußerungen einer Person über ihre beabsichtigte demnächstige Verfügung für eine letztwillige Disposition zu halten.

24) Auf die rechtshistorische Behandlung des römischen Staatsrechts und Kriminalprozesses erstreckt sich mein Vorwurf nicht.

Dogma entbehrt dabei seines lebendigen Hintergrundes, es ist herausgerissen aus seinem Zusammenhange mit der thatsächlichen Welt, in der es den Grund und die Voraussetzungen seiner Existenz und damit seine Rechtfertigung und sein Verständniß fand. Kein Wunder, daß manche Rechtsinstitute dadurch eine Gestalt erhalten, in der sie einem Unbefangenen als Zerrbilder erscheinen, bei denen sich eine Unbegreiflichkeit an die andere reiht.[25]) Einem Historiker von Fach, der die römische Rechtsgeschichte schreiben sollte, würde dieser Verstoß, den die Romanisten täglich begehen, völlig unmöglich fallen, und es würde der römischen Rechtsgeschichte sehr zum Heil gereicht haben, — davon bin ich überzeugt — wenn die Historiker von Fach sich ihrer mehr angenommen hätten.[26]) Der Grund liegt auf der Hand. Der Blick des Historikers ist von vornherein nicht auf juristische Abstractionen und Formulirungen der Vergangenheit gerichtet, sondern auf das substantielle rechtliche und sittliche Leben derselben in seiner ganzen Totalität, und jene können ihm daher nie isolirt erscheinen. Dem Juristen hingegen ist es zur zweiten Natur geworden in den substantiellen Verhältnissen nur das rein juristische zu bemerken, und sein Blick ist daher, auch wenn er das Gebiet der römischen Rechtsgeschichte betritt, ausschließlich oder vorwiegend auf den dogmatischen Inhalt gerichtet. Hierzu kommt noch, daß die Quellen, aus denen er sein Material entnehmen soll, für ihre Zeit dogmatische Arbeiten waren, und in diesen findet sich jener reale Hintergrund, von dem wir sprachen, aus dem Grund natürlich nicht, weil die

---

25) Ich verweise beispielsweise auf die Darstellung der römischen Gewaltverhältnisse §. 32.

26) An dem kurzen Abriß der römischen Rechtsgeschichte in dem bekannten 44. Kapitel von Gibbon habe ich früh diese Erfahrung gemacht, ohne mir freilich damals bewußt zu sein, warum derselbe auf mich eine unendlich höhere Anziehungskraft ausübte, als die damals bereits erschienenen ausführlicheren, von Juristen verfaßten Darstellungen. Bei Gibbon trat mir zum ersten Mal ein zwar kurzes, aber zusammenhängendes Ganze in lebensvoller Weise entgegen, in den letztern aber ein zerschnittenes und zerstückeltes System von Rechtssätzen, Gesetzen u. s. w.

Verfasser derselben für ihre Zeitgenossen und nicht für zukünftige Rechtshistoriker schrieben, die Voraussetzung ihres Verständnisses, nämlich die Anschauung des ganzen römischen Lebens, mithin ihren Lesern nicht erst zu suppeditiren brauchten. Der Stoff, den der Rechtshistoriker hier vorfindet, ist deductiver, nicht descriptiver Art; er ist, ob er auch aus der Zeit von Labeo oder Ulpian stammt, seiner Tendenz nach ebenso dogmatisch, als ob er aus einem heutigen Pandektencompendium entlehnt wäre. Dieser dogmatische Stoff wird sodann in ein Gefäß geleitet, das wiederum rein dogmatischer Natur ist, in ein System der Theorie des Rechts, in dem das Leben mit seinen factischen Verhältnissen, mit der Sitte und der Sittlichkeit kein Unterkommen finden kann, weil diese Mächte und Verhältnisse eben keine Rechtsbegriffe sind. Und so erhalten wir im Grunde statt der Rechtsgeschichte nichts als Institutionen- oder Pandekten-Compendien der verschiedenen Perioden der römischen Geschichte, — Darstellungen, die ein Richter aus jener Zeit vielleicht mit Erfolg zu praktischen Zwecken hätte benutzen können, nicht aber ein Jurist der heutigen Zeit, um sich eine Einsicht in das Rechtsleben der Vergangenheit zu verschaffen. Jener würde die Anschauung dieses Rechtslebens mitbringen und das dogmatische Präparat, das man ihm böte, wäre ihm sofort verständlich, diesem hingegen gewährt dasselbe nicht das, was es sollte: ein Bild des lebendigen Rechts der Vergangenheit, sondern bloß eine Reproduction ihrer Theorie.

Wenn wir im vorigen Paragraphen an die Bearbeiter des römischen Rechts die Aufforderung gerichtet und begründet haben nicht bei der Formulirung der römischen Theorie stehen zu bleiben, so können wir dieselbe Aufforderung hier in einem andern Sinn wiederholen. Die dogmatische Bearbeitung des Rechts irgend einer Zeit von einem Zeitgenossen darf einem Spätern bei seiner historischen Darstellung desselben nie als Maßstab oder Vorbild erscheinen, denn sein Vorgänger sagt manches nicht, was er könnte, weil es für seine Leser überflüssig ist, — dies

muß dieser für sein Publikum aus andern historischen Quellen zu ergänzen suchen; und manches kann er nicht sagen, weil es ihm noch entgeht — dies soll dieser, der den ganzen spätern Verlauf der historischen Entwicklung vor sich hat und ihn eben darum übersieht, nachtragen. Jene Ergänzung hat zur Aufgabe: die Theorie ans Leben anzuknüpfen; diese: sie von innen heraus zu vervollständigen und zu vergeistigen.

2. Anforderungen, die in dem Begriff der Geschichte liegen — Ausscheidung der unwesentlichen Thatsachen — Der innere Zusammenhang der Thatsachen und das Moment der Zeit — Innere Chronologie oder absolute und relative Zeitbestimmung nach inneren Kriterien.

V. Daß das Recht wie alles, was existirt, sich im Laufe der Zeit verändert, ist eine Thatsache, die uns an sich noch nicht berechtigt von einer Geschichte des Rechts zu sprechen. Wenn die Geschichte nichts wäre als ein buntes Spiel von äußern Ereignissen, eine Reihe von Veränderungen, so würde es auch eine Geschichte von Wind und Wetter geben, und eine Rechtsgeschichte würde sich auf den chronologisch geordneten Ausdruck von Gesetzen und Gewohnheitsrechten beschränken können.

Es drängt sich aber schon dem einfachen Verstande die Bemerkung auf, daß nicht alles, was da geschieht, Geschichte ist und folglich auch die Geschichte nicht bloß darin besteht, daß etwas geschieht, sondern daß es darauf ankömmt, was geschieht. Auf der niedrigsten Stufe der Geschichtschreibung tritt bereits die Scheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen, geschichtlichen und ungeschichtlichen Ereignissen ein. Wie von Seiten des Individuums täglich und stündlich Handlungen vorgenommen werden, die kein Biograph der Mittheilung würdigen wird, so gibt es auch im Leben der Gattung derartige tägliche Verrichtungen, die selbst der genauste Annalist als völlig ungeschichtliche Facta zu erwähnen gar nicht für nöthig hält.

So sehr aber jene Scheidung zwischen Ereignissen, die der

Mittheilung werth und unwerth sind, ein absolutes Gesetz jeglicher Geschichtschreibung ist, so ist doch der Maßstab, durch den sie diese Scheidung vornimmt, ein relativer, wechselnd nach Standpunkt und Zweck. Was dem gleichzeitigen Berichterstatter der Aufbewahrung würdig erscheint, wird vielleicht schon vom Geschichtschreiber der folgenden Generation als werthlose Notiz bei Seite geworfen, wogegen er seinerseits wiederum etwas als wesentlich in den Vordergrund rückt, worauf jener als unwesentlich gar kein Gewicht gelegt hatte, und so sichtet jede Zeit immer von neuem den überlieferten Stoff. Ist es aber auf dem Gebiete des Rechts anders als auf jedem andern, ist hier alles, was geschieht, auch Geschichte? Gibt es nicht auch Gesetze von solcher historischer Bedeutungslosigkeit, daß sie sich zu der Geschichte des Rechts verhalten wie die gewöhnlichen Lebensverrichtungen eines Individuums zu dessen Lebensgeschichte? Sollte wohl ein künftiger Geschichtschreiber unserer jetzigen Zeit die Ehre erzeigen, alle ihre Gesetze über Stempeltaxen, Verjährungsfristen u. s. w. aufzuzählen? Diese Gesetze mögen immerhin für die Gegenwart sehr wichtig sein, so wie das Essen, Trinken, Schlafen u. s. w. für das Individuum, aber was hat der Historiker damit zu thun! Die subjective Willkühr, die man darin finden könnte, daß der Darstellende auswählt, was ihm bedeutend erscheint, ist keine andere als die jeder, der uns den geringsten Vorfall erzählen will, ausüben muß; der Blick für das wesentliche ist eben eine unerläßliche Eigenschaft eines jeden Referenten. Wer aus falscher Gründlichkeit alles mittheilen will, was er in seinen Akten findet, sollte lieber letztere selbst vorlesen d. h. gar nicht referiren, und ein Rechtshistoriker, der sich nicht entschließen kann rechtshistorische Notizen, die er gefunden, dem Leser vorzuenthalten, hätte statt Geschichtschreiber Abschreiber werden müssen.[27])

---

27) Dem Kundigen wird es nicht unbekannt sein, daß die römische Rechtsgeschichte in manchen neuern Darstellungen sich dazu hergeben muß eine Vorrathskammer zu sein, in der das völlig werthlose neben dem werth-

Verfolgen wir die Aufgabe der Geschichtschreibung weiter. Die Geschichte besteht nicht aus einzelnen wichtigen Ereignissen, sondern das wesentliche ist der Zusammenhang derselben, die Einheit der Entwicklung. Wie nun bereits auf der niedersten Stufe der Geschichtschreibung das historische Unterscheidungsvermögen, die Empfänglichkeit für den Unterschied geschichtlicher und ungeschichtlicher Thatsachen in seinem ersten schwachen Keime sich zeigt, so gilt ganz dasselbe auch von dem Sinn für den historischen Zusammenhang. Denn die Thatsache, an der dieser Sinn sich bethätigen soll, drängt sich fast ebenso nothwendig der Wahrnehmung auf als jene, daß nicht alles, was geschieht, geschichtlich ist. Man bemerkt bald, daß gewisse der Mittheilung für würdig geachtete Facta, ungeachtet sie der Zeit nach weit auseinander liegen, dennoch sächlich im innigsten Zusammenhange mit einander stehen, andere hingegen, ungeachtet sie in demselben Zeitmoment zusammentreffen, dennoch jeder innern Beziehung entbehren, m. a. W. daß die innere Verwandt-

---

vollen mit gleicher Sorgsamkeit aufbewahrt wird. Der Grund, warum die besprochene erste und natürlichste Anforderung an die Geschichtschreibung gerade von den Rechtshistorikern weniger beachtet wird, scheint mir darin zu liegen, daß letztere nicht mit völliger wissenschaftlicher Freiheit sich ihrer Aufgabe hingeben, die Geschichte des Rechts nicht ihrer selbst willen darstellen, sondern eines anderen Zweckes wegen. Die Rechtsgeschichte soll den Schlüssel der Dogmatik abgeben, das ist der Unstern, der über ihr schwebt. Neben das historische Interesse, das auf ihrem Gebiet allein berechtigt ist, tritt hier das ihr an sich fremde praktisch-dogmatische, und sie selbst erliegt diesem Conflict beider Interessen. Was der Historiker als völlig unwesentlich ausscheiden müßte, läßt der Dogmatiker als exegetisches Hülfsmittel sich nicht nehmen und bringt es, da es einmal eine historische Notiz ist, in die Rechtsgeschichte. Wenn das römische Recht gar nicht bei uns gölte, so würden unsere Rechtsgeschichten lediglich dem historischen Interesse dienen können und folglich besser sein als jetzt, wo sie von Vielen im Grunde nur als historische Vorrathskammern für die Pandekten betrachtet werden. Das praktische Interesse irgend eines Theiles oder Abschnittes der Geschichte erschwert sehr die ungetrübte Verfolgung des historischen Gesichtspunktes und das Unpraktische eignet sich in der That am besten zur historischen Darstellung.

schaft und Zusammengehörigkeit der Thatsachen ein wesentlicheres Moment ist als die äußere Verbindung derselben durch die Zeit. In der That verfolgt denn auch jede Geschichtschreibung mehr oder weniger bewußt dieses Ziel den sachlichen Zusammenhang der Thatsachen aufzudecken. Von dem ersten rohen Versuch diese Verbindung in Form eines äußerlichen Causalnexus herzustellen bis zu dem verwegenen Uebermuth die ganze geschichtliche Bewegung dialektisch zu construiren streckt sich ein langer Weg, aber allen, die denselben wandeln, ist wenigstens die Idee gemeinsam, daß die Geschichte in einem nicht bloß durch das Moment der Zeit bewerkstelligten Aneinanderreihen sächlich geschiedener Ereignisse besteht, sondern daß eine innere Verbindung unter ihnen Statt findet. Diese Verbindung ist aber nicht die einer Kette, sondern die Einheit, Planmäßigkeit eines vollendeten Kunstwerks. Die Gedanken, die sich in der Geschichte entfalten, und in denen die Fülle der Erscheinungen ihre Einheit findet, fügen sich selbst wieder zu einem harmonischen Ganzen zusammen, nicht freilich als ein sich aus sich selbst bewegendes perpetuum Mobile der Dialektik, sondern als eine freie That Gottes und der Menschheit.

Hat nun auch das Recht eine Geschichte oder ist es ein von Gott verlassenes Spiel der Willkühr, ein Auf- und Abwogen von Veränderungen? Man möchte zweifelhaft werden, wenn man seinen Blick auf so manche geschichtliche Periode wendet, in denen das Recht den Launen eines Individuums Preis gegeben zu sein und regellos wie Wind und Wetter sich zu verändern scheint, oder auf Zeiten politischer Katastrophen, in denen das Recht der Leidenschaft der Partheien dient, als Waffe in der Hand des Siegers und mit den Partheien wechselt. Und dennoch trotz aller menschlichen Willkühr hat das Recht eine Geschichte, und die lenkende Hand Gottes ist in ihr, nur tritt dieselbe nicht immer so erkennbar hervor, wie in der Natur. Man lehrt uns Gott zu erkennen in der Blume und dem Baume, man weist uns auf die Gestirne, um in der Unermeßlichkeit ihrer Zahl und in den

Gesetzen ihrer Bewegung das erhabenste Beispiel göttlicher Allmacht zu finden. Aber so hoch der Geist steht über der Materie, so hoch steht auch die Ordnung und Majestät der geistigen Welt über der der substantiellen. Wunderbarer als die Bewegung der Weltkörper im Raum ist die Bewegung der sittlichen Gedanken in der Zeit, denn sie gehen nicht unangefochten einher wie die Gestirne, sondern sie stoßen bei jedem Schritt auf den Widerstand, den menschlicher Eigensinn und Unverstand und alle bösen Gewalten des menschlichen Herzens ihnen entgegensetzen. Wenn sie dennoch sich verwirklichen im bunten Gewirre widerstrebender Kräfte, wenn das sittliche Planetensystem mit derselben Ordnung und Harmonie sich bewegt wie das Planetensystem des Himmels, so liegt darin ein glänzenderer Beweis der göttlichen Weltleitung als in allem, was man der äußeren Natur entnehmen kann. Man hat von der Poesie im Recht gesprochen und darunter die Aeußerung der sinnigen, gemüthlichen Auffassung verstanden, wie sie auf dem Gebiete des Rechts in so manchen Formen sich kund gibt. Aber dies ist eine Poesie untergeordneter Art, die im Recht nur eine kümmerliche Rolle spielt, die wahre Poesie des Rechts liegt in der Erhabenheit seines Problems und in seiner an Majestät und Gesetzmäßigkeit dem Laufe der Gestirne vergleichbaren Bewegung. Diese Poesie der Ordnung und Gedankenmäßigkeit der Rechtsentwicklung uns vor Augen zu führen ist eben das römische Recht wie kein anderes geeignet; in meinen Augen ist die Geschichte dieses Rechts ein unübertroffenes Kunstwerk, in dem die höchste Einfachheit und Einheit mit der reichsten Fülle der Entwicklung sich paart.

Zu diesem Ausspruche bilden freilich die meisten Darstellungen der römischen Rechtsgeschichte einen schneidenden Contrast. Statt die Einheit in der historischen Bewegung sämmtlicher Institute nachzuweisen, führen sie uns nur eine Reihe von Veränderungen vor, die nichts mit einander gemein zu haben scheinen, zerreißen den Stoff in innere und äußere Rechtsgeschichte, stellen letztern nach Perioden dar (sogenannte synchronistische Methode)

diese hingegen nicht (s. g. chronologische Methode), negiren also damit von vornherein die Geschichte des Rechts in der Einheit und Totalität seiner Bewegung. Der Grund, mit dem sie dies Verfahren zu rechtfertigen suchen, daß die einzelnen Institute sich nicht gleichmäßig entwickelt hätten, daß sich für alle nicht dieselben Perioden aufstellen ließen, bedeutet nichts anders als: die Rechtsinstitute haben eine Geschichte, nicht aber das Recht als Ganzes.[28]) Die berühmte Rechtsgeschichte von Hugo faßt zwar die innere und äußere Rechtsgeschichte zusammen und behandelt beide in denselben Perioden, aber die Verbindung beider wie die Perioden selbst sind der alleräußerlichsten Art, und das Zerstücklungssystem ist gerade in ihr auf die höchste Spitze getrieben.[29])

---

28) Die Frage, ob diese Behandlung sich nicht beim akademischen Vortrag aus methodologischen Gründen rechtfertigen lasse, möge hier dahin gestellt bleiben, aber jedenfalls steht doch die Literatur nicht ausschließlich im Dienst des akademischen Unterrichts.

29) Hugo's Perioden sind nichts als Stationen, auf denen die einzelnen Institute sich ausruhen, um, wenn alle sich eingefunden, sich jedes für sich allein wieder auf den Weg zu machen. Kein Institut bekümmert sich um das andere, sie haben nur das mit einander gemein, daß sie bei derselben Station einkehren müssen. Manche würden gern früher einen Ruhepunkt machen, andere umgekehrt, da sie gerade in bester Bewegung sind, noch etwas über die Station hinausgehen, aber beides wird nicht verstattet, sie müssen ausruhen, wo Hugo es ihnen befohlen hat. Dafür rühmt aber Hugo seinen Perioden einen Vorzug nach, den man auch bei Poststationen möglichst zu erstreben sucht, nämlich daß sie gleich lang seien, und sucht den Leser durch die Bemerkung zu gewinnen, daß es „beinahe nur zur Bequemlichkeit des Lesers (und etwa dazu, einzelne Begebenheiten recht auszuheben) dient, wenn Abschnitte gemacht werden, wie viele und welche es sind." Es scheint dem die Idee zu Grunde zu liegen, daß die Kräfte eines schwachen Menschenkindes nicht ausreichen, um mit der Geschichte, die ohne zu ermüden, ihren Lauf ununterbrochen fortsetzt, gleichen Schritt zu halten. Hiernach würde es also ganz auf das Maß der Kräfte ankommen, das der Leser mitbringt, und man würde, wenn es sich fragte, ob man ihn lieber bei Cicero oder Augustus, lieber bei Alexander Sever oder Constantin einkehren lassen sollte, noch seine spezielle Vorliebe für die eine oder die andere dieser Persönlichkeiten berücksichtigen können.

Dieser Hugo'schen Willkühr und seinem Zerstücklungssystem gegenüber

Ist es denn wahr, daß die einzelnen Institute sich nicht gleichmäßig entwickeln? Wäre es möglich, daß das eine Institut diesem, das andere jenem Gedanken diente, oder, wenn dieselben Gedanken sich auch bei allen Instituten wiederholten, daß sie bei diesem in dieser, bei jenem in gerade entgegengesetzter Reihenfolge aufträten? Dann würde freilich von einer Geschichte des Rechts keine Rede sein können, denn wo jeder einzelne Theil sich selbständig bewegt, gibt es kein Ganzes, keine Einheit.

Damit also von einer Geschichte des Rechts geredet werden könne, wird eine gewisse Gleichmäßigkeit und Gleichzeitigkeit in der Bewegung der einzelnen Institute nothwendig vorausgesetzt. Diese Voraussetzung ist in der That vorhanden, es kömmt aber nur darauf an sich durch den Schein des Gegentheils nicht irre machen zu lassen. Wenn man sie nicht aufzufinden vermag, so liegt dies nur darin, daß man sie selbst zu mechanisch nimmt, nicht die innere Gleichheit der treibenden Kräfte, sondern die äußere der Erscheinungsformen ins Auge faßt, die Gleichzeitigkeit aber nach einem für das Recht zu engen Zeitmaß bestimmt.

Betrachten wir beide Punkte etwas näher und zwar zuerst die Gleichartigkeit der historischen Bewegung.

Niemand wird Bedenken tragen von einer Erkrankung oder totalen Umgestaltung eines Organismus zu sprechen, ungeachtet dieselbe an einzelnen unedlen Theilen nicht hervortritt. Wenn wir nun im Recht von einer totalen Neubildung seines Organismus sprechen, so wird kein Verständiger die Anforderung an uns stellen, daß wir dieselbe an jedem Atom desselben nachweisen sollen. Die Grundgedanken, die jene Neubildung hervorgerufen haben, werden sich in manchen Partikeln des Rechts nicht äußern können, indem letztere auf sie gar nicht reagiren.

---

verdient die herrschende Methode, die jedes Institut den ganzen Weg zwar für sich allein, aber doch ohne Unterbrechung zurücklegen läßt, offenbar noch den Vorzug; sie gibt wenn auch keine Geschichte des Rechts doch wenigstens die der einzelnen Rechtsinstitute.

An dieser Beobachtung nun, daß nicht an jedem einzelnen Punkte des Rechts sich dieselbe Erscheinung wiederholt, würde auch die römische Rechtsgeschichte nie Anstoß genommen haben. Die einzige Beschränktheit, die ihr gefährlich wurde, betrifft die Erkenntniß der Gleichartigkeit in der Umgestaltung der einzelnen Institute. Diese Gleichartigkeit ist in den wenigsten Fällen eine mechanische, augenfällige; ich darf eine obige Bemerkung (S. 44) wiederholen, daß Gleichheit der Aeußerung das Zeichen der Schwäche ist, die Kraft aber sich in der Mannigfaltigkeit der Aeußerungsformen bewährt. Auch im Recht kleidet nur der Winter sich in eine Farbe, die andern Jahreszeiten aber in sehr verschiedene.

Diese Mannigfaltigkeit der Aeußerungsformen wird aber der Erkenntniß der inneren Gleichartigkeit nicht selten gefährlich. Der Proteus der Geschichte taucht im Wellenspiel der historischen Erscheinung bald hier bald dort in veränderter Gestalt auf und sucht uns durch den Wechsel dieser Gestalt zu täuschen. Dieser Gefahr zu entgehen, müssen wir uns eben nicht an das Trugbild der Erscheinung halten, letztere nicht mit denjenigen Gedanken messen, die obenauf schwimmen, sondern mit denen, die ihren Kern, ihr Wesen ausmachen.[29a] Um letztere aufzufinden, ist eine gewisse Weite der Abstraction, ein Zurücksteigen von den durch die Individualität der Institute tingirten und daher scheinbar verschiedenen nächsten Gedanken zu ihrem gemeinsamen abstracteren Einheitspunkt erforderlich. Um ein Beispiel aus unserer späteren Darstellung zu geben, so sind gewiß die Einführung des Formular-Prozesses, die Privilegien der Soldaten, Frauen u. s. w., die Condemnation auf das Interesse statt auf den objectiven Werth der Sache, die Berücksichtigung der absentia, die actio injuriarum aestimatoria u. s. w. äußerlich sehr

---

29a) Eine ähnliche Bemerkung macht schon Varro de L. L. IX, 92: Similia non solum a facie dici, sed etiam ab aliqua conjuncta vi ac potestate, quae et oculis et auribus latere soleant.

verschieden, sie finden aber ihre Vereinigung in dem Gedanken der individualisirenden Tendenz des späteren römischen Rechts. Ebenso hat die grammatische Interpretation der ältern römischen Jurisprudenz auf den ersten Blick nichts gemeinsames mit der Präponderanz der Sache und der physischen Gewalt im ältern Recht, und doch lassen auch sie sich auf denselben Gesichtspunkt des Uebergewichts der Aeußerlichkeit zurückführen (II §. 42, 43).

Wenden wir uns jetzt zweitens der Gleichzeitigkeit der historischen Bewegung zu, so ist das Maß der Zeit, mit dem man dauernde Zustände oder vorübergehende Ereignisse zu messen hat, bekanntlich ein sehr relatives, indem es sich nach der Länge oder Kürze der Zeit richtet, die der zu messende Gegenstand einnimmt. Hiernach kann eine Minute bereits ein zu weites, ein Jahrhundert ein zu enges Maß sein. In der politischen Geschichte sind wir gewohnt nach Jahren zu rechnen und übertragen dies Maß auf die Rechtsgeschichte, ohne die Frage aufzuwerfen, ob es ihr entspricht. Wir werden unten zeigen, daß diese Frage verneint werden muß, daß die Rechtsgeschichte ein ungleich weiteres Maß erfordert als die politische Geschichte; hier betrachten wir diesen Fehler nur in seiner Anwendung auf die postulirte Gleichzeitigkeit in der Bewegung der einzelnen Institute.

Mißt man dieselbe nach Jahren, so wird sie fast nie vorhanden sein, und zwar nicht bloß wegen der Langsamkeit der Entwicklung des Rechts im allgemeinen, sondern wegen der verschiedenen Bildsamkeit, Beweglichkeit der einzelnen Institute. Manche derselben zeichnen sich durch Schwerfälligkeit und Tenacität, andere durch Beweglichkeit und Bildsamkeit aus, und derselbe Entwicklungsprozeß, der bei letzteren sich leicht und mühelos vollzieht und in einem Jahrhundert beendet ist, dehnt sich dort in mühsamer Arbeit über mehrere Jahrhunderte aus.

So stehen z. B. das öffentliche und das Privatrecht, der Kriminalprozeß und Civilprozeß und im Privatrecht die einzelnen Institute desselben in dieser Beziehung nicht auf derselben Stufe. Das Familienrecht und auch, insoweit es mit diesem zusammen-

hängt, das Erbrecht sind langsamer und weniger bildsam als das Vermögensrecht, und letzteres zeigt wiederum bei unbeweglichen Sachen eine größere Hartnäckigkeit als bei beweglichen, und hinsichtlich der letzteren tritt bei den dem Handelsverkehr angehörigen Verhältnissen die höchste Steigerung der Bildungsfähigkeit hervor. [29b])

Wenn also ein und derselbe Entwicklungsprozeß auch gleichzeitig bei allen Instituten begönne, so würde doch der fernere Fortgang desselben durch diese verschiedene Empfänglichkeit derselben bestimmt sein, und je nach dieser Verschiedenheit könnte er bei dem einen vielleicht bereits beendet sein, während er bei dem andern erst zur vollen Höhe gelangte. Aus dem langen Zeitraum von den XII Tafeln bis zu Justinian läßt sich daher kein Jahr, ja nicht einmal ein Abschnitt von 50 oder 100 Jahren als Normalpunkt für alle Institute herausheben; für einige derselben zutreffend, ist er für andere zu früh, für andere zu spät.

Aber was folgt hieraus? Nicht der Mangel der Gleichzeitigkeit, sondern nur das Bedürfniß einer weiteren Fassung derselben. Wie die von uns gesuchte Identität der Bewegung in den einzelnen Instituten hinsichtlich ihrer Erscheinungsform eine große Elasticität besitzt, so auch hinsichtlich ihrer Erscheinungszeit, und es kömmt, um beide zu finden, nur auf den richtigen Maßstab an. Die folgende Ausführung wird diese freiere Behandlung der Zeit für die Geschichte des Rechts in einem noch weiteren Umfange begründen; begnügen wir uns hier zunächst mit dem Resultat, daß bei richtiger Wahl der Gesichtspunkte die von unsern Rechtshistorikern bezeichnete Conformität in der Entwicklung der einzelnen Institute sich allerdings auffinden läßt.

Diese Conformität in der Bewegung der einzelnen Theile wird nun zwar vorausgesetzt, damit von einer Geschichte der To-

---

29b) Einen Beleg dafür aus der Geschichte des russischen Rechts s. in der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft u. Gesetzgebung des Auslandes XII. S. 74.

talität des Rechts die Rede sein könne, allein sie fällt mit letzterer nicht zusammen. Die Bewegung sämmtlicher einzelner Institute könnte ja eine planlose, ein regelloses Spiel gleichmäßiger Veränderungen derselben sein, und dann wäre von einer Geschichte des Rechts keine Rede. Es genügt also nicht nachzuweisen, daß die einzelnen Institute gleichzeitig dieselben Entwicklungsstadien zurücklegen, sondern daß auch die Reihenfolge ihrer verschiedenen Phasen eine innerlich zusammenhängende ist, die Geschichte des Rechts also sowohl vom Standpunkt eines einzelnen gegebenen Zeitmoments als vom Standpunkt ihres ganzen successiven Verlaufs den Eindruck der Einheit gewährt, ich möchte sagen: die Einheit sowohl im Nebeneinander als Hintereinander, in die Breite wie in die Länge Statt findet.

Daß nun in der Geschichte des Rechts eine solche successive Einheit vorhanden ist, dürfen wir schon von vornherein annehmen. Da nämlich die Individualität eines Volkes nicht heute so, morgen so ist, und ebenso das äußere Leben und der Verkehr desselben sich nicht sprungweise und launenhaft entwickelt, so kann dasselbe ebenso wenig mit der correspondirenden Bewegung des Rechts der Fall sein. Findet dort eine Einheit der Entwicklung Statt, so wird sie auch hier sich wiederholen müssen. So leicht sich aber diese Einheit von vornherein deduciren läßt, so schwierig scheint es doch zu sein sie an einem bestimmten einzelnen Recht nachzuweisen. Eine Anleitung dazu läßt sich natürlich nicht ertheilen, aber ich will wenigstens negativ versuchen ein Hinderniß aus dem Wege zu räumen, das sehr nachtheilig gewirkt zu haben scheint. Das ist der ungebührliche Einfluß, den man hier dem Moment der Zeit zu verstatten pflegt. Ich kann an die obige Bemerkung anknüpfen, daß die innere Verbindung der Thatsachen wesentlicher ist als die äußere Verbindung durch die Zeit. Diese Bemerkung hat für die Geschichte des Rechts eine gesteigerte Bedeutung; das Moment der Zeit tritt hier in einem weit höheren Grade zurück, als in der politischen Geschichte. Wir wollen in folgendem

die Bedeutung des Moments der Zeit für die Geschichte des Rechts

sowie die Consequenzen, die sich daraus für die rechtshistorische Darstellung ergeben, näher entwickeln.

Diese Bedeutung besteht zunächst darin, daß die Geschichte auf diesem Gebiete außerordentlich langsam arbeitet, bei geringer Production ungemein viel Zeit gebraucht. Gesetze können freilich in kurzer Zeit viele erlassen werden, aber nicht jedes Gesetz betrachte ich als ein geschichtliches Ereigniß. Die Gesetze können sich drängen wie die Wolken bei bewegtem Himmel, aber wenn sie ebenso wie letztere rasch vorüberziehen und keine Spur zurücklassen, so rechne ich sie nicht zu den Productionen, von denen ich hier spreche, sondern zu dem Abfall, den Spänen, die davon fliegen, wenn die Geschichte arbeitet. Die Productivität der Geschichte des Rechts hat die Entwicklung des Rechtsorganismus zum Gegenstande und bewährt sich nicht daran, was derselbe consumirt, sondern was er verdaut. Diese Arbeit geht sehr langsam von Statten und liefert vielleicht in einem Jahrtausend nicht so viel als die politische, Kunst- und Literaturgeschichte in einem Jahrhundert. Selten sind für das Recht die Fälle, wo dasselbe unter dem Einflusse plötzlicher gewaltsamer Impulse in rasche Bewegung geräth und, ich möchte sagen, auf dem Wege vulkanischer Bildung neue fertige Schichten aus sich heraustreibt; auch wird hier dem plötzlichen Ausbruch eine lange Zeit der Vorbereitung vorangegangen sein. Die Regel ist die, daß diese Schichten durch höchst allmähligen und unmerklichen Niederschlag der Atome sich ansetzen und ablagern, so daß die Bildung einer neuen Formation viele Jahrhunderte erfordern kann.[30]) Der

---

30) Am meisten Aehnlichkeit hat auch in dieser Beziehung mit dem Recht die Sprache. Die Verschiedenheit des Nationalcharakters bewirkt auch hier eine große Abstufung der Bildsamkeit, wofür beispielsweise auf „die größere Tenacität des Dorismus am Alten und die versatilere Volubilität der Mundarten Jonischen Stammes“ verwiesen werden mag

Grund dieser ungewöhnlichen Schwerfälligkeit des Rechts ist leicht zu finden; es ist derselbe, warum die Entwicklung des Charakters langsamer, mühsamer von Statten geht als die intellectuelle Ausbildung. Der Charakter eines Individuums und ein Recht — letzteres ist ja der Charakter eines Volksindividuums — die sich beständig ändern, die nach Art der intellectuellen Thätigkeit in beständiger Bewegung und Arbeit begriffen sind, taugen beide nicht viel. Eine gewisse Stetigkeit und Hartnäckigkeit ist bei beiden das Zeichen der Gesundheit und Kraft. Wenn jede Generation das von der Vergangenheit ererbte Recht als „eine ewige Krankheit" von sich stoßen und dafür das Recht, „das mit uns geboren", an die Stelle setzen wollte, so würde die sittliche Kraft des Rechts über die Gemüther rasch abnehmen und das Recht im ewigen Rollen begriffen dem Abgrunde entgegeneilen. Je leichter, rascher und häufiger in einem Staat das Recht producirt, desto geringer seine moralische Kraft;[31]) je seltner diese Productionen, je länger der Zwischenraum zwischen der Empfängniß und der Geburt, je schmerzhafter die Geburtswehen, desto fester und kräftiger das Product. Darum kann das Recht nur bei einem willenskräftigen Volk gedeihen, denn nur bei einem solchen Volk ist die conservative wie progressive Kraft in dem Maße ausgebildet, daß das Recht langsam und sicher fortschreitet. Als Beispiel nenne ich das ältere Rom und England; für das gegenüberstehende Extrem einer Eintagsfliegen-Fruchtbarkeit braucht man leider weniger nach Beispielen zu suchen.

Diese eben entwickelte Schwerfälligkeit und Langsamkeit des Rechts läßt sich mit andern Worten auch so ausdrücken: das Recht bedarf zu seinen Productionen langer Zeiträume. Wir stellen dem nun gegenüber eine zweite Eigenthümlichkeit der Beziehung der Zeit zur Rechtsgeschichte, nämlich die Unbestimmtheit

---

31) Der bekannte Satz von Tacitus Perditissima republica plurimae leges. Auch bei Individuen ist ja die Fruchtbarkeit an guten Vorsätzen ein Zeichen von Charakterschwäche.

und Unsicherheit des Zeitpunktes. Dieselbe hängt mit der Länge der Zeiträume nicht nothwendig zusammen; letztere kann mit scharfer Bestimmung der Zeitpunkte und umgekehrt die Kürze der Zeiträume mit Unbestimmtheit jener verbunden sein.

Der Erlaß eines Gesetzes läßt sich nach Tag und Stunde bestimmen, und wäre die Geschichte des Rechts nichts als eine Geschichte der Gesetze, so würde hier für manche Zeiten die äußerste chronologische Genauigkeit herrschen können. Aber so wichtig es stets in praktischer Beziehung ist, von welchem Zeitmoment an ein Gesetz gilt, so wenig ist dies in historischer Beziehung der Fall. Als einziger äußerer Anhaltspunkt mag uns auch hier das Datum des Gesetzes brauchbar sein, aber überschätzen wir nicht den Werth desselben. Nichts wäre irriger als zu glauben, daß die Geburtsstunde der in dem Gesetz aufgestellten Rechtsgrundsätze mit jenem Augenblick zusammenträfe. Beide können vielmehr weit auseinanderfallen; wir erinnern an unsere Ausführung über die Formulirung der Rechtssätze. Längst bevor das Gesetz einen Rechtsgrundsatz sanctionirte, kann derselbe bereits im Leben gegolten haben, und es ist Zufall, daß er gerade jetzt, nicht früher und später ausgesprochen wird. Wie verkehrt wäre es hier die Entstehung jenes Grundsatzes nach dem Tage des Gesetzes zu datiren.

Aber selbst dieser äußere Anhaltspunkt des Publicationstages der Gesetze fehlt häufig. Wie manches wichtige Gesetz tritt in der römischen Rechtsgeschichte auf, von dem uns nicht einmal das Jahrhundert, in das es fiel, aufbewahrt worden ist. Und wie vieles bildet sich auf dem Boden des Rechts, ohne nur einmal in einem Gesetze erwähnt zu werden. Was die schöpferische Kraft des Lebens oder die Praxis der Gerichte auf gewohnheitsrechtlichem Wege zu Tage fördert, was die Wissenschaft allmählig in Umlauf setzt und in Aufnahme bringt, dafür läßt sich kein Datum angeben. Oder sollten wir es darnach datiren, wann es zuerst in unsern Quellen erwähnt wird, das Jahr, in dem es in der uns erhaltenen Literatur auftaucht, und das vielleicht das funfzigste

oder hundertste seiner Existenz ist, für das erste derselben halten? Die glänzenden Thaten einzelner Individuen, Schlachten und merkwürdige Vorfälle und ebenso auch die wichtigen Gesetze werden sorgfältig berichtet, weil sie äußerlich in die Augen und der Zeit nach in ein bestimmtes Jahr fallen, und kein Annalist, der dieses Jahr vor sich hat, wird sie übergehen; hingegen die allmählige und unmerkliche Bildung des Rechts aus dem Leben heraus entzieht sich leicht dem Auge und erhält selten einen so eclatanten, in einen bestimmten Zeitmoment fallenden Abschluß, daß derselbe als ein Ereigniß dieses bestimmten Jahres aufgezeichnet werden müßte. So schleicht sich der auf diesem Wege gebildete Rechtssatz, eben weil seine Bildung nicht mit Geräusch verbunden ist und nicht in ein einzelnes Jahr fällt, unbeachtet durch manches Jahr dahin, bis ein Zufall ihm die erste schriftliche Aufzeichnung verschafft, die aber wiederum ein anderer Zufall der Nachwelt vorenthalten kann. Bei der Betrachtung des Rechtsorganismus (§. 3) fanden wir eine dreitheilige Gliederung desselben: Rechtssätze, Rechtsbegriffe, psychische Organisation desselben, und im allgemeinen möchte die chronologische Bestimmtheit in derselben Weise abnehmen, wie wir in jener Gliederung vom speziellen zum allgemeineren aufsteigen. Ein Rechtssatz wird zu seiner Bildung kürzere Zeit gebrauchen, als ein Rechtsbegriff, ein Rechtsbegriff kürzere Zeit, als ein Umschwung in der Rechtsanschauung. Für diejenigen Perioden der Geschichte, in denen die Bildung der Rechtssätze vorzugsweise dem Gesetzgeber anheimfällt, ist dieser Satz offenbar am zutreffendsten, hier ließe er sich auch so ausdrücken: Der Gesetzgeber arbeitet rascher, als die Doctrin, die Doctrin rascher als der Volksgeist, je langsamer aber hier der Bildungsprozeß, um so unbestimmter der Zeitpunkt seines Abschlusses.

Aus dem bisherigen geht zur Gnüge hervor, wie unvollkommen es mit der Chronologie der Rechtsgeschichte für entlegene, quellenarme Zeitalter beschaffen sein muß. Für manche völlig gleichgültige Gesetze kann sie Jahr und Tag angeben, und für die

wichtigsten Ereignisse, für den Umschwung der Ideen und die durch denselben hervorgerufene Umgestaltung des Rechts kaum das Jahrhundert. Die Zusammenstellung von Jahreszahlen, zu der sie sich durch ihre Quellen in Stand gesetzt sieht, ist daher nothwendigerweise sehr lückenhaft, und die einzelnen Angaben enthalten dem bisherigen nach nur sehr selten den wirklichen, wahrhaften Zeitmoment eines rechtshistorischen Ereignisses. Das unmittelbare Interesse einer so unvollkommenen Chronologie kann ich daher nur höchst gering anschlagen; dagegen wird sich unten bei dem, was wir an ihre Stelle setzen werden, ein hoher mittelbarer Werth derselben ergeben.

Als Resultat haben wir gefunden, daß das Moment der Zeit in der Geschichte des Rechts eine geringere Bedeutung hat als in der politischen Geschichte, indem nämlich die Bewegung des Rechts eine mehr innerliche und darum sehr langsame und unmerkliche ist, die Zeit*räume* also lang und die Zeit*punkte* unbestimmt sind.

Es ist nur ein anderer Ausdruck dieses Resultates, wenn wir sagen: Der Rechtshistoriker muß die Zeit mit einem weiteren und elastischeren Maße messen, als sonst üblich ist. Je enger die zeitlichen oder räumlichen Gränzen eines Gegenstandes sind, desto genauer kann das zeitliche oder räumliche Maß, desto näher der Standpunkt der Betrachtung sein; je weiter aber die Dimensionen in Zeit oder Raum, desto weiter *darf* auch das Maß, desto entfernter *soll* der Standpunkt der Betrachtung sein, damit ein richtiger Totaleindruck gewonnen werde, der Zusammenhang des Gegenstandes in die Augen springe. Ein Rechtshistoriker wird daher kleinere und nach Jahren bestimmte Zeiträume, die für die Darstellung der politischen Geschichte durchaus geeignet wären, nicht zu Grunde legen können, ohne sich von vornherein die Verfolgung seines letzten Ziels — die Aufdeckung des sachlichen Zusammenhanges in der Entwicklung des Rechts — sehr zu erschweren. Er wird sich vielmehr von vornherein anschicken müssen dieser Entwicklung ununterbrochen während einer Reihe von Jahrhunderten zu folgen, ich möchte sagen, der Zeit Zeit las-

sen sich ihm verständlich zu machen. Ebenso wird er, wenn der Verlauf dieser Entwicklung ihn zwingt einen Abschnitt zu machen, sich nicht ein bestimmtes Jahr als Gränzpunkt setzen, über den er seinen Blick nicht hinausschweifen lassen dürfte. Denn wenn die Geschichte selber ihm die Feststellung eines solchen Normaljahres auch noch sehr erleichtert hätte, so würde gleichwohl der Zeit nach manches diesseits des Normaljahres fallen, was sachlich zur folgenden Periode, manches jenseits desselben, was sachlich zur vorhergehenden Periode gehört. Der scharfe Einschnitt nach Seiten der Zeit würde hier also das Zusammengehörige trennen, das Heterogene unvermittelt neben einander stellen. Um diese innere Connexität zu retten, wird daher der Rechtshistoriker seinen Perioden statt des Jahres vielleicht nur ein Jahrhundert als Gränze anweisen können und vielleicht trotzdem gezwungen sein des Zusammenhanges wegen Einzelnes aus der einen Periode in die andere hinüber zu ziehen. Man wird daher den Perioden des Rechtshistorikers nothwendigerweise eine gewisse Elasticität zugestehen müssen. Dies Postulat enthält im Grunde nichts als die Anwendung unseres oben aufgestellten Fundamentalsatzes, daß die innere Verwandtschaft der Thatsachen wesentlicher ist als ihre äußere Verbindung durch die Zeit. Die Geschichte eines jeden Rechtes wird es bewähren, daß die Vorboten eines neuen Systems sich bereits einstellen, während das alte noch in voller Kraft steht, und daß umgekehrt Nachzügler des letzteren sich so lange verspäten können, daß ersteres inzwischen zur vollständigen Herrschaft gelangt ist. Jene Vorboten, der Zeit nach früher als diese Nachzügler, werden nur vom Standpunkt des neuen Systems aus, diese Nachzügler nur von dem des alten aus richtig gewürdigt werden können, ihre systematische Beziehung, nicht ihr chronologisches Verhältniß weist ihnen ihre wahre Stellung an.

Die bisherige Ausführung hat uns bereits zu einem Punkt geführt, von wo aus wir nur noch einen Schritt zu thun haben, um bei dem in der Rechtsgeschichte nicht seltenen Fall eines Conflictes zwischen dem Moment der Zeit und dem des sachlichen Zusammenhanges der historischen Entwicklung (dem chronologischen und systematischen Moment) jenes erste Moment für das secundäre und accessorische, dieses zweite aber für das wesentliche und bestimmende zu erklären. Die Zeit soll durch das System verdrängt werden, letzteres soll sich aus sich selbst heraus frei entwickeln, ohne durch die Zeit beengt zu sein, und nur soweit als letztere im Stande ist sich zu einem systematischen Moment zu gestalten, soll sie Zutritt finden. Vielleicht treibt mich die ungebührliche Wichtigkeit, welche man dem Moment der Zeit in der Rechtsgeschichte beilegt, in das entgegengesetzte Extrem, wie ja ein Extrem das andere hervorzurufen pflegt, aber ich habe bis jetzt keinen Grund gefunden die Richtigkeit meiner Ansicht, deren Begründung ich jetzt versuchen will, zu bezweifeln.

Die zwei äußersten Extreme, die hier möglich sind, würden sein die ausschließliche Anordnung der Rechtsgeschichte nach dem Moment der Zeit und die ausschließliche, jegliche Zeitangabe verschmähende Verfolgung des inneren Zusammenhanges der Entwicklung. Jenes erste Extrem, die rein annalistische Darstellungsmethode, würde eine Einsicht in die Totalentwicklung des Rechts weder voraussetzen noch gewähren; es würde hier nicht einmal der erste Ansatz zu einer Rechtsgeschichte vorhanden sein, und man könnte von diesem Standpunkt aus sich dem systematischen Moment gar nicht nähern, geschweige beide Momente miteinander verschmelzen.

Ganz anders verhält es sich mit dem entgegengesetzten Extrem. Vorausgesetzt daß es gelänge, den realen Zusammenhang der Entwicklung des Rechts wahrhaft zu erfassen und darzustellen, worüber unten ein weiteres, so würde damit die wesentliche Aufgabe des Historikers gelöst sein, und was fehlte, würde sich leicht nachtragen lassen, es wären eben nur die Jahreszahlen, das rein Zu-

fällige, Aeußerliche in der Zeit.[32]) Es würde hier nicht derselbe Verstoß gegen das chronologische Moment begangen, wie dort gegen das systematische, die Zeit negirt, wie dort das System, sondern das System würde in der That selbst ohne Wissen und Wollen des Darstellenden implicite das Wesentliche des Moments der Zeit in sich aufgenommen haben, indem eben die Schilderung der realen Entwicklung des Rechts (was ich hier System nenne) sich parallel mit der Zeit selbst bewegen würde. Der Fortschritt des Systems involvirt nothwendigerweise den Fortschritt der Zeit, nicht aber umgekehrt, denn die Zeit ist nicht die vis movens, sondern der bloße Rahmen, in den die Evolutionen des Systems hineinfallen. Das Anderssein eines und desselben Gegenstandes setzt nothwendig ein Anderssein der Zeit voraus, und wer das Verhältniß in den Veränderungen des Gegenstandes systematisch, sachlich begriffen hat, wird sie im Wesentlichen in dieselbe Ordnung bringen, in der sie in der Zeit aufeinander folgen.

Dem Geologen, der uns die Geschichte der Bildung der Erdoberfläche schildert, ist kein äußeres Zeugniß der Zeit gegeben, ihm ist nicht berichtet, in welcher Reihenfolge und in welchen Intervallen die Veränderungen der Erdoberfläche vor sich gegangen sind. Und doch kann er uns diese Reihenfolge aufs unwidersprechlichste darthun, ja er kann, wenn auch nur mit einem sehr weiten Maßstabe, die Zeit bestimmen, die über diesen Bildungen verflossen ist — denn die Geschichte, die er darstellt, hat sich dem Gegenstande selber incrustirt, das Moment der Zeit hat sich entsprechend in der Sache selber ausgedrückt.

Diese Bestimmbarkeit der Zeit nach sachlichen Kriterien, die

---

32) Ich nenne sie zufällig in demselben Sinn, in welchem man es Zufall nennen kann, daß in einem bestimmten Zeitraum die und die Personen gestorben sind, während man nach statistischen Beobachtungen es als voraussichtlich nothwendig bezeichnen konnte, daß so viel Procente der Bevölkerung sterben mußten. So läßt sich auch begreifen und motiviren, daß eine historische Thatsache in dies Jahrhundert, nicht aber, daß es in dieses Jahr und auf diesen Tag fiel.

Möglichkeit der innern Chronologie im Gegensatz zu der auf äußere Zeugnisse sich stützenden äußern Chronologie ist keineswegs auf die Geschichte der Natur beschränkt, sondern sie findet auch auf dem Gebiete der moralischen Welt ihre Anwendung. Nehmen wir z. B. die Geschichte einer Literatur und Sprache. Wenn nach Jahrtausenden einem Literarhistoriker und Sprachforscher die Hauptwerke der deutschen Literatur von Anbeginn derselben bis auf die heutige Zeit in bunter Unordnung und mit Ausmerzung jeglicher darin enthaltenen Jahreszahlen übergeben würden, sollte es ihm nicht gelingen, nach systematischen Kriterien die Zeitfolge derselben zu bestimmen und eine Geschichte der deutschen Sprache und Literatur zu schreiben, bei der nichts weiter fehlte als die Jahreszahlen? Gäbe man ihm für jede Periode nur einige äußere chronologische Anhaltspunkte, so würde er sogar im Stande sein die meisten der fehlenden Zeitbestimmungen selbst zu machen. Ganz dasselbe gilt für das Recht.

Je unpersönlicher, innerlicher, naturwüchsiger eine Entwicklung, je langsamer sie von Statten geht, je weniger der Anfang oder das Ende derselben in einen bestimmten Zeitmoment fällt, um so dürftiger wird regelmäßig die äußere Chronologie, um so nöthiger, aber auch um so ausführbarer ihre Ergänzung auf dem Wege der innerlich chronologischen Bestimmung.

Am wenigsten Schwierigkeiten wird diese Bestimmung in Anwendung auf die Rechtsgeschichte haben, sobald sie nicht absolut verfahren d. h. nicht die Zeit ermitteln will, in welche die einzelnen rechtshistorischen Ereignisse fallen, sondern sich darauf beschränkt, relativ die Reihenfolge derselben zu entdecken. Den drei Rechtssystemen, die wir späterhin charakterisiren werden, steht ihr verschiedenes Alter und die Folge derselben so deutlich auf der Stirn geschrieben, daß kein Verständiger ein äußeres Zeugniß dafür begehren wird. Dasselbe gilt für jeden, der derartige Schrift lesen kann, von den verschiedenen Entwicklungsphasen der einzelnen Institute. Man vergleiche z. B. die verschiedenen Formen der Ehe; wer sähe nicht sofort, daß die Ehe mit manus älter ist

als die ohne manus, die Eingehung der ersteren durch confarreatio älter, als die durch coemptio? Man nehme ferner die Errichtung des Testaments in den Comitien, durch aes et libram, die prätorische Testamentsform; die Antretung der Erbschaft durch cretio, pro herede gestio; die Obligationsformen des nexum, der Stipulation, die Obligirung durch bloßen Consens; die Vindication in Form der legis actio sacramento, der sponsio, der arbitraria actio; die Handhabung der Strafgerichtsbarkeit durch die Comitien, die quaestiones perpetuae, die Einzelnrichter; die Strafen des sacer esse, des Exils, der Verurtheilung ad bestias, metalla u. s. w.; den Legisactionen-, Formular-Prozeß, das Verfahren extra ordinem; die Personalexecution, die bonorum venditio, das pignus ex causa iudicati captum; das Legat, Fideicommiß; Errichtung der Servituten, Freilassung u. s. w. auf solenne und nichtsolenne Weise u. s. w. Wer braucht sich in allen diesen Fällen die Reihenfolge der verschiedenen Formen erst angeben zu lassen? Wie bei allem, was entsteht und vergeht, die verschiedenen Stufen der Entwicklung ihren bestimmten Typus tragen, so auch beim Recht, und so wenig ein Jüngling den Typus eines Greises, ein Mann den eines Kindes an sich tragen kann, so wenig können auch Rechtsideen, die erfahrungsmäßig einer gewissen Altersstufe angehören, wie z. B. die Präponderanz der Religion im Kindheitsalter des Rechts bei einem einzelnen Recht diese Abhängigkeit verläugnen. Die Auffassung der Strafe als eines religiösen Sühnemittels, als Privatgenugthuung, als Ausübung der Strafgewalt des Staats weist auf verschiedene Culturstufen hin, deren Reihenfolge wo sie überhaupt sich finden, eine nothwendige ist. Es lassen sich über die Priorität der verschiedenen Rechtsbildungen gewisse allgemeine Sätze aufstellen, z. B. daß das relativ vollkommnere Rechtsmittel oder Rechtsinstitut jünger ist als das unvollkommnere, der gerade Weg später aufgefunden ist als der Umweg (die mittelbare Erreichung eines rechtlichen Geschäftes durch Scheingeschäfte, Fictionen u. s. w.), die materielle, äußerliche Auffassung der innerlichen, spirituellen, die

grammatische Interpretation der logischen der Zeit nach vorgeht u. s. w. Der comparativen Jurisprudenz der Zukunft wird es möglich werden, statt solcher abgerissenen Abstractionen eine zusammenhängende Theorie der Altersstufen des Rechts aufzustellen; es ist dies eine von den Aufgaben der allgemeinen Physiologie des Rechts. Für unsere gegenwärtige Zwecke werden wir selten in die Lage kommen zu solchen allgemeinen Sätzen unsere Zuflucht zu nehmen, indem uns die chronologisch feststehenden Punkte des römischen Rechts für die Bestimmung der chronologisch unsicheren fast überall Anhaltspunkte gewähren.

Diese Anhaltspunkte sind für die absolute Zeitbestimmung, der wir uns jetzt zuwenden, völlig unentbehrlich. Um zu bestimmen, welcher Zeit irgend eine ohne Bezeichnung derselben uns überlieferte Rechtsbildung angehört, müssen wir den Charakter der verschiedenen Zeiten, ihre Eigenthümlichkeiten in Auffassung und Gestaltung des Rechtsstoffes kennen. Hier ist dann der Punkt, auf dem die äußere Chronologie uns die wesentlichsten Dienste erzeigt. Diese Dienste können wir ihr aber in doppelter Weise reichlich erwidern, einmal nämlich indem wir die Lücken, die sie läßt, ausfüllen, und sodann, indem wir das Moment der Zeit, das sie nur in einseitiger und rein äußerlicher Weise hervortreten läßt, zu seiner wahren innerlichen Bedeutung erheben. Beide Aufgaben sind auf einem Wege, aber auch nur auf diesem erreichbar, nämlich auf dem oben bereits angegebenen der Aufsuchung der Lagerungsschichten oder Systeme der Rechtsbildung. Man wird freilich, auch ohne diesen Weg einzuschlagen, einzelne rechtshistorische Erscheinungen, für die keine Zeitangabe sich findet, nach ihrer Aehnlichkeit oder Verwandtschaft mit anderen chronologisch bestimmten lociren können, allein dies bleibt Stückwerk, und wo es mehr ist, wird dies nur dadurch möglich, daß man sich dabei durch seine Anschauungen von dem Charakter der verschiedenen Zeiten leiten läßt. Wir verlangen nichts anderes, als daß diese Anschauungen ausgesprochen, gerechtfertigt, geläutert und zu einem Ganzen verbunden werden. Sobald man eine rechtshistorische

Erscheinung in eine bestimmte Zeit verlegt, weil sie mit den übrigen Erscheinungen derselben eine ähnliche Tendenz verfolgt, auf derselben Idee beruht, so operirt man bereits mit dem Mittel, das wir hier anwenden wollen. Diese Operation kann aber nur zu einem gedeihlichen Ziele führen, wenn sie nicht bloß hie und da, wie es das Bedürfniß einer rechtshistorischen Aufgabe mit sich bringt und unter Beziehung auf einzelne unbewiesene oder vorgefaßte Anschauungen vorgenommen wird, sondern wenn sie die Systeme der Rechtsbildung in ihrer Totalität zu ihrer Grundlage nimmt. Erst in dieser Totalität des Systems tritt die innere Aehnlichkeit des einzelnen, äußerlich sehr verschiedenen Stoffes hervor, erst hier gewinnt man einen sicheren Maßstab zur Beurtheilung seines Alters. Nehmen wir nun an, daß es gelingt, für die verschiedenen Zeiten verschiedene Systeme der Rechtsbildung nachzuweisen, so werden wir mit derselben Sicherheit, mit der ein Literarhistoriker und Sprachforscher eine ihm vorgelegte Schrift in diese oder jene Zeit verweist, dasselbe wenigstens hinsichtlich mancher rechtshistorischer Erscheinung zu thun vermögen. Wie er werden auch wir sagen können: diese Form des Rechtsinstituts paßte nur in dieses System hinein, jene nur in jenes; diese Neuerung konnte nur unter dem Einflusse der Tendenzen dieser bestimmten Zeit entstehen, nur in dieser Atmosphäre gedeihen. Nicht immer freilich können wir mit apodiktischer solcher Gewißheit sprechen, wir werden vielmehr zugeben müssen, daß manche rechtshistorische Erscheinung für verschiedene Zeiten denkbar, möglich gewesen wäre.

Plan der folgenden Darstellung.

VI. Wir unterscheiden in der Geschichte des römischen Rechts drei Systeme, von denen das zweite, dessen Blüthe mit der der Republik zusammenfällt, das specifisch römische ist, den Culminationspunkt der römischen Nationalität im Recht enthält. Die

beiden andern Systeme sind die Endpunkte, durch welche dieses Recht mit der außerrömischen Geschichte zusammenhängt, und zwar durch das erste mit der Vorgeschichte, durch das dritte mit der Nachgeschichte Roms. Das erste repräsentirt das ursprüngliche Betriebscapital, welches Rom von der Geschichte mit auf den Weg erhalten, das dritte die reichlich verzinste Anleihe, die es dafür der Welt zurückerstattet.

Das erste System, wenn wir es so nennen wollen, die Ausgangspunkte seines Rechts findet Rom bereits vor. Die ursprüngliche Bildung desselben fällt über alle urkundliche Geschichte hinaus in die Periode der ursprünglichen Gemeinsamkeit aller indogermanischen Völker. Noch in der Gestalt, die es in der ältesten römischen Zeit an sich trägt, hat es unverkennbare Aehnlichkeit mit dem Recht, das achthundert bis tausend Jahr später bei den Germanen sichtbar wird;[33] die wandernden Germanen mochten noch ein Jahrtausend auf dieser niedersten Stufe stehen bleiben, das römische Volk ließ dieselbe bald hinter sich und legte in unserm zweiten System, dessen Bildung bereits mit der Königszeit beginnt, eine glänzende Probe seiner Befähigung zur Cultur des Rechts ab. Dies System zeigt uns zunächst die Aufhebung des Zustandes der Unentschiedenheit, der Gebundenheit der innern Gegensätze, welcher, wie er jeden Anfang überhaupt begleitet, so auch den Charakter des ältesten Rechts bestimmt hatte. Recht und Religion, Staat und Individuum sondern sich, und auch innerhalb der einzelnen Theile des Rechts setzt sich der Scheidungsprozeß in größter Ausdehnung fort und treibt hier im Einzelnen Bildungen hervor, die durch die Schärfe ihres Gegensatzes in Form und Inhalt, durch das Kernhafte und Charakteristische, durch ihre Fülle und Consequenz, kurz durch ihre scharfgeprägte Individualität den Eindruck plastischer Gestalten machen. Was in diesem System zur Erscheinung kömmt, das ist kernig wie die Römer jener Zeit selbst; nichts Halbes, nichts Unbestimmtes, nichts Zusammengesetztes und Ueber-

33) Den Beweis muß ich zunächst schuldig bleiben.

gangsartiges, nichts Mildes und Zartes, sondern Alles entweder ganz — oder gar nicht vorhanden; kenntlich bis zur Unmöglichkeit eines Mißgriffes, einfach und aus einem Gedanken heraus gearbeitet, aber dieser mit unerbittlicher und grausamer Consequenz durchgeführt. Das Recht macht den Eindruck einer durch ihre ingeniöse Einfachheit großartigen Maschine. Sie arbeitet eben wegen ihrer Einfachheit mit der größten Sicherheit und Gleichmäßigkeit, aber wehe dem Unvorsichtigen, der ihre Handhabung nicht versteht und ihr zu nahe kommt: ihre eisernen Räder zermalmen ihn. Jene Gleichmäßigkeit beruht freilich zugleich auf einer Unvollkommenheit; es gibt keine Vorrichtung die Maschine zu stellen, sie producirt immer nur dieselben sich aufs Haar gleichenden Stücke d. h. das Recht ist außer Stand sich den individuellen Zuständen und Bedürfnissen anzuschmiegen, die Gleichheit, die es erstrebt und bewirkt, ist eine rein mechanische, äußerliche, jene, von der es heißt: Summum jus summa injuria. Nichts thut das Recht von selbst, sondern es wartet darauf, daß es durch den, der seiner bedarf, in Bewegung gesetzt werde, und zu dem Zweck ist nöthig, daß letzterer die Kraft und Geschicklichkeit dazu besitze und selbst mithandle. Thut er dies, so garantirt das Recht ihm andererseits die höchste Sicherheit des Erfolges, denn der Erfolg, die Anwendung des Rechts läßt sich ebenso bestimmt und leicht berechnen wie ein mathematisches Exempel; das Resultat desselben aber ist unumstößlich.

Der Gedanke, von dem das ganze Privatrecht durchdrungen ist, ist der der Autonomie des Individuums, die Idee, daß das individuelle Recht nicht dem Staat seine Existenz verdankt, sondern aus eigener Machtvollkommenheit existirt, seine Berechtigung in sich selber trägt. Das privatrechtliche Princip ist in den rechtlichen Abstractionen so auf die Spitze getrieben, daß es dem Staatsprincip Hohn zu sprechen und der Gedanke der subjectiven Willensfreiheit sich zur Entfesselung der reinen subjectiven Willkühr verirrt zu haben scheint. Die Vermittlung aber dieser abstracten subjectiven Ungebundenheit mit dem Interesse der Gemeinschaft

und des Staats sowie mit der Sittlichkeit lag in der Sitte, in dem Charakter des Volks, den realen Zuständen des römischen Lebens. Nie hat es wohl ein Recht gegeben, in dem die abstracte Formulirung dessen, was geschehen konnte und durfte, sich so weit von dem, was wirklich geschah, entfernte. Aber wo die Charakterstärke des Individuums sowie die Macht der öffentlichen Meinung dem Mißbrauch der Freiheit zu wehren vermag, braucht letztere nicht ängstlich beschnitten zu werden. Das ganze römische Privatrecht aber und ebenso das Staatsrecht dieser Zeit ist getragen durch die Voraussetzung, daß der Inhaber einer privatrechtlichen oder öffentlichen Gewalt dieselbe würdig gebrauchen werde. Die Möglichkeit des schmählichsten Mißbrauches derselben ist an sich stets vorhanden, in der Macht der Beamten z. B. liegt die Möglichkeit die Staatsmaschinerie zum Stocken zu bringen, das Volk in der Ausübung seiner Souverainetät zu beeinträchtigen und zu hofmeistern, in der des Vaters das Kind grundlos zu ermorden; aber das römische Recht geht von der Ansicht aus, daß die schärfsten Messer die besten sind, und daß man Männern, die damit umzugehn verstehn, dieselben getrost anvertrauen kann und nicht eines möglichen Mißbrauchs wegen sie abzustumpfen braucht. Jene Gewalten werden daher nicht durch das Recht selbst beschränkt, sondern dem Inhaber bleibt überlassen je nach dem Bedürfniß des einzelnen Falls sie in ihrer äußersten Wucht zur Anwendung zu bringen oder die durch Billigkeit, Zweckmäßigkeit, Staatsinteresse u. s. w. gebotene Mäßigung aus freier Selbstbeschränkung zu beachten.

Das ganze Recht war auf die Römer der alten Zeit berechnet, sowohl hinsichtlich der Gewalt, die es gewährte, als hinsichtlich der Vorsicht und Sorgsamkeit, mit der man sich auf dem Gebiete des Rechts zu bewegen hatte. Ein anderes Geschlecht, eine andere Gesinnung, eine unerfahrene Hand, und die Freiheit war Zügellosigkeit, die Sicherheit des Rechts Unsicherheit desselben. Mit dem siebenten Jahrhundert der Stadt tritt diese Wandlung ein, und wie das Maß römischer Kraft auf das der gewöhnlichen

menschlichen Kraft herabsinkt, so accommodirt sich auch das Recht dieser Thatsache, läßt immer mehr von seinem streng römischen Charakter ab und nimmt einen allgemeineren, kosmopolitischen an.

Damit gelangen wir zum dritten System. Das zweite war seinem Inhalt wie seinen Formen nach auf Römer berechnet und auf sie beschränkt. Für den Verkehr mit Auswärtigen bildete sich allmählig ein internationales Recht aus, nicht gebunden an römische Formen, nicht unterworfen dem Rigorismus der starren römischen Consequenz und Einseitigkeit, aber auch nicht theilhaftig jener im römischen Recht liegenden Machtfülle. An diesem Recht vermochte sich eine freiere, geistigere Erfassung und Behandlung des Rechts ungehindert zu bethätigen, und in der Bestimmung desselben für den Weltverkehr lag die Aufforderung an die Jurisprudenz sich bei der Ausbildung desselben der rein national römischen Eigenthümlichkeiten zu entschlagen, also vorher sich derselben bewußt zu werden. So ward dies Recht ein Spiegel der Selbsterkenntniß für das reine römische Recht und, nachdem der Denationalisirungsprozeß des römischen Volks und in Folge dessen des Rechts selbst begonnen, auch Muster und Quelle für dasselbe.

Eiserne Willensstärke hatte das zweite System geschaffen und aufrecht erhalten, die Abnahme derselben führte den Untergang desselben herbei, und das dritte System läßt sich in dieser Beziehung als die Brandstätte römischer Größe und Herrlichkeit bezeichnen. Aber es ist in anderer Beziehung unendlich mehr als ein bloßes farbloses und mattes Residuum des nationalen Rechts; in dieser anderen Beziehung erscheint es nicht als eine Stufe, zu der man aus Mangel an Kraft hinab gefallen, sondern zu der man hinauf gestiegen war. An die Stelle der moralischen Qualification des römischen Volks, die der Hauptfactor des zweiten Systems gewesen, tritt hier mit gleicher Bedeutung für die Schöpfung des dritten Systems die höchste intellectuelle Begabung. Auf den festen, unverwüstlichen Grundlagen, die ihr überliefert wurden, führte sie ein Meisterstück juristischer Kunst

auf, wie die Welt dessen gleichen nicht kennt, ein Gebäude von solcher Vollendung und Festigkeit, daß noch beinah ein Jahrtausend später fremde Völker die verschlossenen Pforten desselben wieder öffnen, um hier ihre Lehr- und Gerichtssäle einzurichten.

Der Stoff zur Charakteristik dieses dritten Systems drängt in solcher Fülle, daß es unmöglich ist das Wesentliche desselben in wenige Züge zusammenzufassen, ein Mehreres wäre aber an dieser Stelle, wo es uns nicht um eine concentrirte Anticipirung unserer Resultate, sondern nur um die Mittheilung unseres Planes zu thun ist, völlig ungeeignet, ein Minderes hingegen, weil es ein schiefes Bild gewähren würde, eher nachtheilig als vortheilhaft. Mögen wir also vorläufig dies System als das supranationale oder freiere bezeichnen und der Darstellung selbst den Nachweis vorbehalten, in welchen Punkten dies System von den specifisch römischen Ideen sich entfernt und woran die geistig freiere Behandlung sich bethätigt hat.

Es wird schließlich noch die Bemerkung erlaubt sein, daß wenn es uns gleich nur um die allgemeinen Charakterzüge des römischen Rechts zu thun ist, die Begründung unserer Urtheile stets ein Eingehen auf den concreten rechtshistorischen Stoff unentbehrlich macht. Ueberzeugt, daß abstracte Gesichtspunkte ohne eine gewisse stoffliche Schwere keinen rechten Eingang gewinnen, habe ich in letzterer Beziehung eher zu viel als zu wenig thun zu müssen geglaubt.

Erstes Buch.

Die Ausgangspunkte des römischen Rechts.

Die Anschauungen der Urzeit.

Omnes veteres philosophi ad incunabula accedunt, qui in pueritia facillime se arbitrentur naturae voluntatem posse cognoscere.

Die Ausgangspunkte des römischen Rechts.

Urzustände — Erinnerungsvermögen des römischen Volks — Ergänzung der Tradition durch Etymologie und Rückschlüsse vom spätern Recht.

Rationem praestat praecipue analogia nonnumquam et etymologia. Quintil. I. O. I 6 § 1.

VII. Die Urzustände der Völker, die ersten Anfänge der Rechts- und Staaten-Bildung haben ein sehr hohes culturhistorisches Interesse. Der Reiz, den sie auf den Historiker ausüben, und der ihn trotz aller Mühseligkeit der Aufgabe immer wieder zu ihnen zurückführt, ist derselbe, den das erste Erwachen des Geistes im Kinde für den Psychologen hat. Beide lockt zur Beobachtung dieselbe Aussicht, die Aussicht nämlich den schaffenden Weltgeist in seiner Werkstätte zu belauschen und in das Geheimniß des Werdens einzudringen. Aber die Lage des Historikers ist ungleich ungünstiger, denn während der Psycholog jenes Erwachen des Geistes täglich vor Augen hat, reicht das Erwachen aller historischen Völker in eine weite Vergangenheit hinauf, und Mittheilungen von sehr trügerischer und unvollkommner Beschaffenheit bilden das Material, aus dem der Historiker sich das Bild der entschwundenen Zeit zusammen setzen soll. Nicht die Kürze oder Länge der Zeit, die Reihe der Jahrhunderte oder Jahrtausende ist es, die dies Zurückgehen auf die historischen Anfänge leichter oder

schwieriger macht, sondern die nach Verschiedenheit der Völker geringere oder höhere Treue und Stärke des nationalen Gedächtnisses. Wie bei den Individuen so ist auch bei den Völkern das Erinnerungsvermögen, insbesondere soweit es die Kindheitszeit zum Gegenstande hat, ein sehr verschiedenes. In manchen Völkern lebt treu und unverfälscht das Bild der vergangenen Tage fort; bei manchen andern hingegen stattet eine rastlos thätige Phantasie die Vergangenheit sofort mit glänzenden Farben aus und verwandelt Geschichte in Dichtung; bei einem andern Volke endlich ist der Sinn so vorwiegend auf die praktischen Zwecke der Gegenwart gerichtet, daß sich bei dem Drange des thätigen Lebens die Kunde abgestorbener Zustände rasch verflüchtigt.

Von welcher Art war das nationale Erinnerungsvermögen des römischen Volks? Die Römer hielten zähe am Alten fest, und das Gedächtniß großer Thaten ging bei ihnen nie unter, aber zwei Umstände bewirkten dennoch, daß die Zustände ihrer Kindheit nur schwach in ihrem Gedächtniß fortlebten. [1]) Einmal nämlich ging ihre ganze Thätigkeit Jahrhunderte lang in den praktischen Zwecken der Gegenwart auf. Damit vertrug sich allerdings eine hohe Achtung vor dem Hergebrachten; was lebte, genoß der kräftigsten Gesundheit bis ins höchste Alter hinein, allein war es dem Leben einmal völlig abgestorben, so ward es bald vergessen. [1a])

---

1) Huschke, in der Vorrede zu seiner Verfassung des Servius Tullius S. VII u. fl. gelangte zu einem andern Resultat. In seinen Augen besaß das römische Volk „eine zusammenfassende Gewalt und Macht des Volksgeistes, welche auch die fernsten Zeiten seiner Kindheit stets in der Einheit des gegenwärtigen Bewußtseins festhält, weßhalb er auch wegen seines Hängens am Alten so sehr gepriesen oder getadelt wird."

1a) Namentlich von den Juristen s. z. B. Gellius 16, 10 § 7, 8. Einen wesentlichen Antheil daran hatte das sprachliche Moment. „Der Handelsvertrag mit Karthago aus dem ersten Jahre der Republik konnte viertehalb Jahrhunderte später zu Polybius' Zeit auch von den gelehrtesten Römern nur mit größter Mühe gelesen und nicht vollständig mehr entziffert werden, und die saliarischen Lieder wurden nachmals selbst von den Priestern kaum mehr verstanden." Schwegler, Röm. Geschichte I S. 566.

Auch bei den noch geltenden Institutionen pflegte man wenig nach deren historischer Entstehung und Entwicklung zu forschen. Ein anderer Grund liegt in dem Charakter der ältesten römischen Geschichte. Wenn die Kindheitszeit eines Volkes in idyllischer Stille und Gleichmäßigkeit dahin fließt, dann mag die Erinnerung, wie im gleichen Fall beim Individuum, noch lange ein getreues wenn auch etwas idealisirtes Bild derselben bewahren. Anders hingegen, wenn jene Zeit im unstäten, wechselvollen Treiben, in innern und auswärtigen Kämpfen verläuft, wenn ein Eindruck den andern verdrängt, und wenn zudem gar die Bevölkerung selbst noch nicht zur compacten Festigkeit und Einheit gediehen ist, sondern durch beständig neue Zuflüsse von außen sowie durch das Fluctuiren und Drängen ihrer verschiedenen Schichten im Fluß erhalten wird. Das ist aber gerade in der ältesten Geschichte Roms der Fall. Kämpfe im Innern und nach außen hin, Gegensätze in Abstammung, Recht und Bestrebung bezeichnen bereits das erste Blatt dieser Geschichte, und Jahrhunderte vergehen, bis die Elemente des römischen Volks zur Einheit eines Subjects verschmolzen sind. Für dieses Subject ist jene Periode des Bildungsprozesses gewissermaßen eine Vorzeit, die es selbst nicht erlebt hat, und in der es sich fremd fühlt. Dem römischen Volke der Republik erschien das ganze Königthum in einem entstellten Lichte, und erst die Republik bezeichnete in seinen Augen den Anfang einer neuen Aera, von der an es sich und seine Freiheit datirte. Das Verhältniß der spätern Jahrhunderte zu der Königszeit ließe sich etwa vergleichen mit dem des Protestantismus zu seiner Vorzeit, dem mittelalterlichen Katholicismus. Der Masse der Protestanten wird der mittelalterliche Katholicismus als etwas fremdes erscheinen, das für sie keine Beziehungen hat; ihr confessionelles Interesse und Gedächtniß beginnt erst mit der Reformation.

Dürftig ist also die Kunde der spätern Zeit von den Urzuständen Roms,[1h]) und manche von ihren dürftigen Mittheilungen

---

1b) S. darüber die Aeußerungen von Livius 6, 1.

tragen die offenbaren Spuren der Erfindung oder entstellender Auffassung an sich. Die neuere historische Kritik hat dies aufs schlagendste nachgewiesen und zugleich den Beweis geführt, daß man zu haltbaren positiven Resultaten gelangen kann, die den römischen Geschichtschreibern entgingen. Ist gleich das historische Material, das unserer heutigen Wissenschaft zu Gebote steht, ungleich geringer, als das der römischen Geschichtschreiber, so ist doch die Methode der Benutzung desselben eine andere, der historische Blick in manchen Stücken ein schärferer geworden.

Indem wir nun, was die älteste Geschichte Roms anbetrifft, auf jenen positiven Resultaten der heutigen Wissenschaft fußen, beschränken wir unsere eigene Untersuchung lediglich auf das Recht der ältesten Zeit. Daß manche der Ansichten, zu denen sie uns führen wird, nur den Werth von mehr oder minder wahrscheinlichen Vermuthungen haben, gestehe ich bereitwillig ein, und Mißtrauen ist hier gewiß mehr am Platz als Leichtgläubigkeit. Allein andererseits bin ich von der Möglichkeit einer der Auffassung der Römer gegenüber sich selbständig verhaltenden Forschung völlig durchdrungen. Dies gilt namentlich von solchen Rechtsanschauungen der Urzeit, deren wir uns mit Hülfe der Etymologie bemächtigen können. Die Etymologie ist eine der beredsten und zuverlässigsten Quellen über die primitiven Anschauungen der Völker; was längst im Leben abgestorben, was aus der Erinnerung des Volks völlig verschwunden, das bewahrt sie noch der Wißbegier kommender Zeiten auf. Sie ist eine Darstellung der Urzustände in einer Hieroglyphen-Schrift, zu der vielleicht erst nach Jahrtausenden der Schlüssel gefunden wird. Die Römer verstanden den historischen Schatz, der in ihrer Sprache aufbewahrt war, nicht zu heben, die Geheimschrift, in der die Denk- und Sinnes-Weise ihrer Vorfahren zu ihnen sprach, nicht zu enträthseln, während uns heutzutage der Zugang zu diesem Schatze offen steht. Es ist vor allem das Erwachen des Sanskritstudiums und einer auf dieser Grundlage sich stützenden Sprachvergleichung, das den auf eine spezielle Sprache gerichteten etymolo-

gischen Untersuchungen erst die wahre Fruchtbarkeit und Sicherheit verliehen hat und allen historischen Wissenschaften eine Perspective öffnet, von der man vorher keine Ahnung hatte. Auch die Geschichte des Rechts wird ihren Antheil daran bekommen, und schon jetzt, ungeachtet der verhältnißmäßig sehr kurzen Dauer jenes Studiums ist es möglich einige Früchte desselben für unsere speziellen Zwecke zu verwenden.

Ein anderer Punkt, in dem das Uebergewicht unserer heutigen Wissenschaft über die Römer gleichfalls zweifellos ist, betrifft das Recht selbst; es ist der Sinn für die historische Entwicklung desselben, die Kenntniß seiner Erscheinungsformen, seiner historischen Natur u. s. w. So groß die römischen Juristen als Dogmatiker waren, so besaßen sie doch gar keinen Sinn für die historische Entwicklung des Rechts. Wenn aber die Römer es versäumten das rechtshistorische Material, das sie uns mittheilen, zu benutzen, so können wir das Versäumniß nachholen und dürfen die Zuversicht hegen, daß eine sorgsame Beobachtung uns selbst bei der Dürftigkeit des Materials zu neuen Entdeckungen verhelfe. So kann uns namentlich auch das spätere römische Recht für die Kenntniß des ältesten ergiebig werden. Wie in der Sprache, so dauern auch im Recht nicht selten Nachklänge einer Vergangenheit fort, die dem Gedächtniß des Volks längst entschwunden ist.[2] Auch im römischen Recht der Republik haben sich einzelne Spuren erhalten, die offenbar aus ganz andern Anschauungen hervorgegangen sind, als denen das Recht der Republik seinen Ursprung verdankt, und die wie einzelne erhaltene

---

2) Es ist wunderbar, wie lange namentlich gewisse Gebräuche, symbolische Geschäfte u. s. w. sich noch erhalten können, nachdem sie ihre eigentliche Bedeutung verloren haben. Es ist z. B. zweifellos, daß noch heutzutage bei uns manche Gebräuche fortdauern, die sich aus der Heidenzeit herschreiben, ja nach der ihnen zu Grunde liegenden ursprünglichen Idee auf die frühere Gemeinschaft der indogermanischen Völker hinweisen. S. z. B. die Abhandlung von Kuhn über Wodan in der Zeitschrift für deutsches Alterthum von Haupt B. 5 S. 472.

Punkte einer Peripherie auf ein bestimmtes Centrum der gesammten Rechtsauffassung hinweisen. Werden diese Anzeichen verstärkt durch Fingerweise, die uns die Etymologie in derselben Richtung ertheilt, führen beide endlich auf Ausgangspunkte des Rechts, die erfahrungsmäßig sich anderwärts mehr oder weniger wiederholen, und die sich einer allgemeinen Betrachtung als relativ nothwendige ergeben, dann dürfen wir mit einiger Sicherheit diesen Spuren folgen und die Behauptung wagen: von jenen Ausgangspunkten aus hat sich das römische Recht entwickelt, jenes primitive System der Rechtsanschauung hat einmal existirt, selbst wenn das römische Volk der historischen Zeit sich desselben nicht mehr erinnert. Wann, wo und wie lange es existirt hat, das läßt sich freilich nicht angeben, aber man bescheide sich zu wissen, daß das römische Recht sich von dieser Grundlage aus emporgehoben hat.

Wir werden im gegenwärtigen ersten Buch:

1. die Entstehung des römischen Rechts nach der Sage, die römische Kosmogonie des Rechts einer Kritik unterwerfen (§. 8); sodann
2. die Anschauungen der Urzeit, also die Ausgangspunkte und ursprünglichen Elemente dieses Rechts (§. 9—19) und
3. das Verhalten der römischen Geistes zu diesen vorgefundenen Ausgangspunkten zu ermitteln suchen (§. 20, 21).

Die römische Kosmogonie des Rechts — das Charakteristische derselben für die römische Vorstellungsweise.

VIII. Der Anfang Roms ist nach der Sage der Zustand der Wildheit und Gesetzlosigkeit. Die Gründer Roms sind Räuber und Abentheurer, die von den Ihrigen ausgestoßen sind oder einem zügellosen Leben zu Liebe sich von ihnen losgerissen haben, Götter und Familie daheim lassend und nichts mitbringend als ihren Arm und ihr Schwert. Sie sind ein Aggregat von Individuen, von Atomen, durch nichts vereinigt als durch ihren wilden Sinn und den gemeinsamen Zweck des Raubens. Nicht ein-

mal Frauen bringen sie mit, und die benachbarten Völker, denen sie als Ausgestoßene erscheinen, weisen mit Hohn und Entrüstung die Zumuthung zurück ihnen ihre Töchter zur Ehe zu geben. Aber was ihnen nicht gegeben wird, nehmen sie sich. Sie laden ihre Nachbarn zur Feier von Spielen ein, überfallen die Gastfreunde, deren Verletzung nach den Begriffen des Alterthums eins der frevelhaftesten Verbrechen war, und rauben ihnen die Töchter. Ihr Anführer Romulus, den die Sage zu den Göttern erhebt, geht ihnen mit gutem Beispiel voran; Brudermord verschafft ihm die Alleinherrschaft. Die Sage scheint daran keinen Anstoß zu nehmen ꝛc.; die Unthat geht, möchte man sagen, noch auf Rechnung des ursprünglichen Zustandes der Wildheit und Willkühr. Diesem Zustande macht Romulus selbst ein Ende.

Als die einzigen Bindemittel des wilden Haufens werden Ordnung und Recht zur Herrschaft gebracht,[3]) und als Schirmerin derselben das Königthum errichtet, das Romulus zu dem Zweck mit äußerm Glanz und Ansehn ausstattet.[4]) Nachdem der Staat eingerichtet, folgt dem Raube der Sabinerinnen die Gründung des Hausstandes und der Familie.

Nach der Gründung der Familie und des Staats kam die Reihe an die Religion. Romulus gedachte zwar schon der Götter, aber seine Hauptthätigkeit war doch dem Staate zugewandt. Sein Nachfolger Numa, den nach der Sage der Ruf seiner Gottesfurcht und Gerechtigkeit auf den Thron brachte, erscheint als der Repräsentant des religiösen Princips. Er beschränkt seine

---

3) Liv. 1, 8.... multitudine, quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat.

4) Liv. ibid ... jura, quae ita sancta ... fore ratus, si se ipse venerabilem insignibus imperii fecisset, quum cetero habitu se augustiorem tum maxime lictoribus duodecim sumtis fecit. Bei seinem Rückblick auf die Königszeit in Lib. 2, 1. bezeichnet Livius die königliche Gewalt als die Trägerin oder das Lebensprincip des ältesten Staats und frägt, was aus Rom geworden sein würde, wenn jener Haufe von Abentheurern nicht durch die Furcht vor dem König im Zaum gehalten worden wäre.

Sorge aber nicht auf das rein Gottesdienstliche, auf Einführung von neuen Göttern und die Regulirung des Cultus, sondern seine Absicht war auch darauf gerichtet „die mit Gewalt und Waffen gegründete Stadt von neuem zu gründen durch Gesetz und Sitte“,[5]) und er erreicht sie dadurch, daß er auch seinen weltlichen Einrichtungen eine religiöse Weihe verleiht, indem er sie gleich den religiösen als Eingebungen der Nymphe Egeria bezeichnet.

Jetzt blieb nichts mehr übrig als das Völkerrecht, und als Repräsentanten dieser Seite des Rechts nennt Livius den vierten König Ancus Martius.[6]) Bemerkenswerth ist dabei aber, daß die Sage, die alles übrige in Rom entstehen läßt, hier die Entlehnung von einem fremden Volke zugesteht.

Dies ist in wenig Zügen die Entstehungsgeschichte des Rechts, wie sie dem römischen Volke der spätern Zeit als die natürliche erscheint. Denn daß jede Sage den Ausdruck der volksthümlichen Denkweise enthält, daß sie, auch wenn sämmtliche Thatsachen, die sie berichtet, unhistorisch sind, dennoch psychologische Wahrheit enthält, bedeutungsvoll ist für die ganze Denk- und Sinnesweise des Volks, das braucht heutzutage nicht mehr

---

5) Liv. 1, 19.

6) Liv. 1, 32. Ut tamen, quoniam Numa in pace religiones instituisset, a se bellicae ceremoniae proderentur, nec gererentur solum, sed etiam indicerentur bella aliquo ritu, jus ab antiqua gente Aequicolis, quod nunc fetiales habent, descripsit, quo res repetuntur.

„Aber dies war nicht allgemeingiltige Sage, Livius selbst widerspricht sich, da er schon I, 24 die Fetialen in völkerrechtlicher Wirksamkeit unter Tullus Hostilius geschildert hat, und von diesem König leitet denn auch Cicero die Einführung des Völkerrechts ab, während Dionysius die Begründung des Fetialencollegiums dem Numa Pompilius zuschreibt. Dies Fluctuiren der Sage .... berechtigt jedenfalls zu dem Schluß, daß das Völkerrecht in der Entwicklung des römischen Rechtsbewußtseins am spätesten zur Anerkennung gekommen sei. Die innerlich richtigste Form der Sage ist ohne Zweifel die, welche Cicero befolgt.“ So Lange in der Recension der ersten Aufl. dieses Werks in den N. Jahrb. für Phil. u. Pädag. B 67 S. 38.

gesagt zu werden. So ist auch die römische Sage in dieser Beziehung sehr charakteristisch, was an einigen Zügen gezeigt werden möge.

Gewöhnlich liebt es die Mythe die Bildungen einer relativ spätern Zeit in eine weite Ferne, in eine dunkle, ungekannte Vorzeit zu verlegen, das Menschenwerk und natürliche Erzeugniß einheimischer Geschichte als das Geschenk der Götter hinzustellen und die älteste Zeit als das goldne Zeitalter zu bezeichnen, in dem die Götter selber unter den Menschen wandelten. Von alle dem findet sich in der römischen Sage nichts. Alles, was Rom ist, erwirbt und leistet, verdankt es sich selbst und seiner Kraft; alles wird gemacht und organisirt, in allem ist Planmäßigkeit, Absicht, Berechnung. Nichts bildet sich von selbst, nicht einmal die Gentes, die doch das unmittelbarste Product des natürlichen Wachsthums der Familien sind (§. 14), nicht das Recht, das doch größtentheils aus der Sitte hervorgeht. Nichts wird von außen entlehnt mit Ausnahme des Völkerrechts; Staat, Recht, Religion, alles producirt Rom aus sich heraus.

Dies ist also ein Grundzug der römischen Anschauung: Rom hat nichts von außen entlehnt, und was in Rom sich gebildet hat, das verdankt Rom sich selbst und ist mit Bewußtsein und Absicht ins Leben gerufen. Die Lehre von dem s. g. naturwüchsigen d. h. dem unbewußten, traumartigen Wachsthum des Rechts hat bei den thatkräftigen Römern nie Anklang gefunden.[7])

So muß denn die Geschichte in Rom gewissermaßen von neuem beginnen, den langen Weg von der natürlichen Wildheit eines vorstaatlichen Zustandes, dem atomistischen Nebeneinanderstehen der Individuen bis zur Bildung eines Volks und Staats und zur Gesittung und Religion von vorne zurücklegen. Rom erhält zur Aussteuer nichts als Männer mit gewaltigem Arm, die auf der Anfangsstufe der Geschichte stehen, Schiffbrüchige, die in sittlicher Beziehung nackt ans Land geworfen werden. Sie

7) Für die spätere Zeit s. §. 25 (Aufl. 2 S. 36).

haben keine Vergangenheit, gehören nicht einem und demselben Volke an, sondern sind von allen Ecken zusammengelaufen, bringen kein gemeinsames Recht, keine gemeinsamen Götter mit, keine Scheu vor alle dem, was den damaligen Völkern werth und heilig war, und werden daher auch von diesen wie ein Auswurf der Menschheit betrachtet.

Die erste Scene in dieser Kosmogonie der römischen Welt ist mithin die absolut erste Stufe, mit der die Geschichte überhaupt begonnen hat: die Herrschaft der Willkühr und Gewalt.

Sodann folgt als zweite Scene die Entstehung der Gemeinschaft, eine Verbindung zu räuberischen Zwecken und aufrecht erhalten durch Gewalt oder militärische Disciplin, aber doch bereits der Anfang des Staates. Dazu gesellt sich die Familie, die Consolidirung des Königthums und die Verbindung mit einem andern Volk.

Erst jetzt erscheint mit Numa Religion und Sittlichkeit. Die Ruhe nach außen hin ist gesichert, im Innern sind die Bedingungen des geordneten äußern Lebens gewährt, die wilde Thatkraft kann feiern, der Zeitpunkt ist gekommen, wo die sittliche Erziehung des Volkes beginnen kann. Noch einmal zwar unter Tullus Hostilius wacht die alte Wildheit wieder auf, aber sie wendet sich nach außen hin, und sein Nachfolger, der Repräsentant des Völkerrechts, gibt ihr legale Formen, völkerrechtliche Schranken und weiß den Geist der Numaischen Zeit wieder lebendig zu machen.

Damit schließt die Schöpfungsgeschichte der römischen Welt, denn was nachher geschieht, betrifft nur Veränderungen des bereits Vorhandenen. Sie hat darin eine gewisse Aehnlichkeit mit der alttestamentlichen Kosmogonie, daß sie in kurzer Zeit aus einem Nichts oder einem Chaos heraus jene ganze Welt hervorgehen und auch die einzelnen Theile derselben hintereinander und abgesondert, wie an jenen biblischen Schöpfungstagen, zur Existenz gelangen läßt. Die Reihenfolge hat etwas Charakteristisches. Daß das Chaos, jener Zustand des individuellen Treibens und der Willkühr den Anfang, das Völkerrecht aber

den Beschluß macht, ist durchaus in der Ordnung. Aber bezeichnend ist, daß die Religion erst nach dem Recht erscheint, denn hier ist die historische Ordnung, wonach das Recht ursprünglich einen religiösen Charakter hat und erst später einen profanen Charakter annimmt, geradezu umgekehrt. Es ist diese Erscheinung bereits von Andern [8]) als merkwürdig bezeichnet, und ich bin geneigt sie als Ausdruck der römischen Sinnesweise zu betrachten, wornach der Staat die erste, die Religion die zweite Stelle einnahm.

Schon an dieser Umstellung einer nach aller historischen Erfahrung durchaus constanten Ordnung verräth sich, daß in der Bildungsgeschichte der römischen sittlichen Welt etwas Gemachtes ist, und ganz dasselbe ergibt sich aus andern Gründen. Niebuhrs bekannte Untersuchungen überheben uns der Mühe auf das Einzelne einzugehen, es genügt hier im allgemeinen auf die innere Unwahrscheinlichkeit der römischen Sage aufmerksam zu machen. Indem letztere von dem Bestreben ausgeht den Anfang Roms so winzig wie möglich zu machen, damit die spätere Größe desselben dagegen einen um so ehrenvolleren Contrast bilde, stellt sie die ursprüngliche Bevölkerung als eine durch nichts verbundene Masse einzelner Individuen dar und gibt letzteren die moralische Ausstattung von „ersten Menschen". Ist dies denn denkbar? Hatte denn nicht jeder, der Rom mit erbauen half, bereits einem geordneten Gemeinwesen angehört, brachte er von dort nicht bereits eine historische Ausstattung mit, oder hätte er seine Götter, seine Rechtsbegriffe, seine ganze sittliche Ausbildung von sich werfen und sich wieder zum wilden Thiere machen können? Und unter diesen Räubern und Mördern hätte sich in kürzester Zeit

---

8) z. B. Hegel Philosophie der Geschichte S. 361: „Dieser Zug ist dadurch sehr merkwürdig, daß die Religion später als die Staatsverbindung auftritt, während bei andern Völkern die religiösen Traditionen schon in den ältesten Zeiten und vor allen bürgerlichen Einrichtungen erscheinen."

ein Recht bilden, oder vielmehr Romulus hätte nach seinem Belieben ein Recht machen sollen, das aber sofort trotz der disparaten Zusammensetzung der Bevölkerung und trotz ihrer Zügellosigkeit die Macht und den Einfluß eines angestammten, ererbten Rechts ausgeübt hätte? Hegel, der im übrigen das Wesen des römischen Geistes treffend aufgefaßt hat, hat sich freilich zu dieser Annahme entschlossen. Er läßt „den Geist der strengen Gesetzlichkeit der Römer aus jener Entstehung aus der ersten Räubergesellschaft hervorgehn, denn „diese Stiftung des Staates führte unmittelbar die härteste Disciplin mit sich, sowie die Aufopferung für den Zweck des Bundes.“ Rom ist ihm „etwas von Hause aus Gemachtes, Gewaltsames, nichts Ursprüngliches“, und das römische Leben nimmt seinen Anfang „in verwilderter Rohheit mit Ausschluß der Empfindungen der natürlichen Sittlichkeit“. [9]) Das Recht wäre hiernach gewissermaßen ein Zaum, der einem wilden, unbändigen Thiere angelegt würde, nicht etwas dem Subject selbst eignes, der Staat aber ein Käfig, aus dem das Thier nur entlassen wäre, um unter Aufsicht seines Bändigers bei den Nachbarn zu wüthen und plündern. Ohne in dieser Auffassung ein gewisses Moment der Wahrheit, auf das wir an einer spätern Stelle zurückkommen werden, zu verkennen, — es ist die Anknüpfung des strengen Gesetzlichkeitssinnes an die militärische Disciplin, — müssen wir dennoch dieses der Sage zu Liebe angenommene Emporwachsen des Rechts und Staats aus einem sittlichen Sumpfe heraus entschieden bestreiten. Die römische Sage will den Römern den Ruhm vindiciren mit Nichts angefangen und Alles aus sich heraus producirt zu haben; darum existirt beim Beginn der römischen Geschichte keine Nationalität, keine Religion, kein Recht. Das wahre Sachverhältniß aber ist das, daß alles dies bereits vor Rom vorhanden war, und daß sich die Gründer Roms etwa mit Auswanderern vergleichen ließen, die eine Gemeinschaft, in der sie bereits daheim standen, anderwärts

---

9) S. Hegels Philos. der Geschichte S. 344, 346, 348, 351.

fortsetzen und ihre Familien und ihr Besitzthum, ihre Religion und ihre Einrichtungen mitbringen. Mochten immerhin noch so viele einzelne Individuen nach Rom ziehen, mochte Rom wirklich ein Asyl sein, zu dem Verbrecher von weither ihre Zuflucht nahmen: es gab jedenfalls einen festen Kern der Bevölkerung, einen Stamm, an den sich jene atomistischen Bestandtheile anschlossen, und dem sie sich assimilirten. Dieser Kern war der Träger der ererbten Einrichtungen, er sicherte dem Staate und seinen Institutionen die Festigkeit, die sie gleich von vornherein genossen. Die römische Rechts- und Staatsbildung ist also, mit dem Kunstausdruck bezeichnet, keine primäre, sondern eine secundäre, d. h. sie erfolgt auf Grundlage und aus den Mitteln bereits vorhandener Bildungen, Rom bringt von vornherein eine historische Mitgift mit. In seinem Rechte, in seiner Sprache kommen Reminiscenzen einer weit über Rom hinausreichenden Vergangenheit vor, finden sich, möchte ich sagen, Spuren eines antediluvianischen Systems, einer Entwicklung des Rechts, deren Anfänge und Fortgänge längst vor Rom fallen, und deren Resultate die Grundlage abgeben, auf der Rom weiter fortbaut. Diese historische Mitgift, die Rom bei seinem Eintritt in die Welt miterhält, wollen wir jetzt zu bestimmen, den Weg, den die Rechtsentwicklung zurückgelegt hatte, bevor sie in Rom anlangte, zu entdecken suchen. Wenn die Erinnerung daran sich auch im Gedächtniß des Volks verloren hat, so finden sich doch, wie bereits im vorigen Paragraphen angegeben, im geistigen Besitzthum der spätern Zeit, dem Recht wie der Sprache, noch Ueberbleibsel aus jener frühern Zeit. Auch wir werden gleich der Sage zu den ersten Anfängen des Rechts zurückgehen und mit ihr gleichen Schritt halten, indem wir nämlich an die Stelle jener vier Abstufungen in der Bildungsgeschichte des Rechts, die sie uns vorführt, dem vorstaatlichen Treiben der Individuen, der Bildung des Staats, dem Auftreten der Religion, der Annahme des Völkerrechts drei Principe setzen werden, nämlich das Princip des subjectiven Rechts, jener ersten Stufe entsprechend, das Princip der Familie

und der Wehrverfassung, mit seiner staatsbildenden Kraft der zweiten und vierten Stufe correspondirend, und sodann das religiöse Princip, welches der ganzen Rechts- und Staatsordnung die höhere Weihe gibt.

Die Ausgangspunkte oder die Uranschauungen und Urelemente des römischen Rechts.

Das Minimum geschichtlicher Anfänge.

> Justitiae initium est ab natura profectum, deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt. postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit.
>
> Cic. de invent. III, 53.

IX. Weit, unendlich weit ist die Kluft, die uns mit unserer modernen Rechtsauffassung von jenen ersten Anfängen der Rechts- und Staatsbildung trennt, zu denen wir jetzt zurücksteigen. Nicht an den Abstand der Zeit denke ich, obgleich auch er ein gewaltiger ist, denn jene ersten Anfänge fallen weit über Rom hinaus, sondern ich meine den Gegensatz in der Rechtsanschauung, und dieser ist ein so bedeutender, daß es uns Mühe kostet uns ganz in die der Kindheitszeit des Rechts hineinzudenken und sie begreiflich und natürlich zu finden. Nur zu leicht vergessen wir, daß das, was uns vom Standpunkt der heutigen Zeit aus als natürlich und vernünftig erscheint, das Product eines langen und mühsamen Prozesses ist. Ohne die Kenntniß der Geschichte würden wir nicht wissen, daß Rechtsanschauungen, die der unhistorischen Betrachtung, dem naiven Urtheil als ewiges Eigenthum der menschlichen Vernunft erscheinen können, in der That nichts sind als Resultate jenes Prozesses. Und es sind dies gerade solche, die in der heutigen Zeit im Niedrigsten wie im Höchsten lebendig und das Gemeingut aller civilisirten

Völker sind. Daß der Mensch als solcher Rechtssubject ist, nicht bloß der Bürger, daß die Kriegsgefangenschaft keine Sklaverei begründet, daß die Selbsthülfe der Rechtsordnung widerstreitet, daß der Staat etwas Anderes, Höheres ist als die Summe der Individuen, andere Aufgaben und andere Mittel hat als die, welche letzteren zukommen, vor allem aber die Aufgabe Recht und Gerechtigkeit bis in die kleinsten Kreise hinein zu verwirklichen — diese Sätze sind unserer heutigen Auffassung so zu eigen geworden, daß wir kaum begreifen, wie hinsichtlich ihrer je eine Abweichung möglich gewesen ist. Darin aber offenbart sich so recht der riesige Fortschritt der Geschichte, daß die folgenreichsten Wahrheiten, zu denen sich in früherer Zeit kaum der kühnste Flug hervorragender Geister erhob, aus jener, möchte ich sagen, Schnee- und Eisregion, in der sie Jahrtausende unzugänglich und verborgen lagen, in die tiefsten Niederungen hinabgewälzt und in dem Maße Gemeingut der Gebildeten wie der Ungebildeten geworden sind, daß Niemand in ihnen etwas Besonderes findet. Um diese einfachen Wahrheiten zu finden und zur Geltung zu bringen, dazu hat es einer mühsameren Anstrengung, eines gewaltigern Ringens des menschlichen Geistes bedurft, als alle Entdeckungen und Erfindungen bis auf die heutige Zeit hinab ihn gekostet haben. Der Gedanke, daß der Mensch frei sei, ist schwieriger zu finden gewesen, als der, daß die Erde sich um die Sonne bewege, für ersteren läßt sich kein Copernikus nennen. Nicht als ob die Geschichte seinen Namen vergessen hätte; die großen moralischen Entdeckungen sind keinem einzelnen Geiste beschieden, sondern die langsam reifende Frucht des Lebens und Denkens ganzer Nationen. Wollte man die Fortschritte zusammenstellen, die unsere heutige Zeit vor den ersten Anfängen der Cultur oder auch nur vor der Cultur des Alterthums voraus hat: in meinen Augen verdienten jene einfachen Wahrheiten obenanzustehn. Alle Schätze der Wissenschaft kommen gegen den Werth solcher dem Volke eingeimpfter und darum unvergänglicher und das Leben gestaltender Wahrheiten von Ferne nicht in Betracht. Die Wissenschaft kann

steigen und fallen, und mit ihr gehen die Schätze, die sie angesammelt hat, zunächst verloren, aber jene Wahrheiten dauern fort als unvergängliches Eigenthum der Menschheit. Der obige Satz, daß der Mensch als solcher frei ist, — ein Satz, zu dem das römische Recht sich praktisch niemals erhoben hat — wiegt für die Menschheit mehr als alle Triumphe der Industrie, und dieser eine Satz bezeichnet einen Fortschritt des heutigen Rechts gegenüber dem römischen, gegen den die Ueberlegenheit des letztern rücksichtlich seiner technischen Vollendung völlig in den Schatten tritt. Bevor die Geschichte diesen Satz verwirklichte, mußte sie Jahrtausende arbeiten, mußten Millionen Menschen in Sklaverei seufzen, mußten, wie noch wiederum in jüngster Vergangenheit in Nordamerika, Ströme Bluts fließen.

Die Geschichte beginnt mit unendlich schwachen Keimen. Der Bildung des Staats ist vorausgegangen eine Gemeinschaft der Individuen, die Verbindung derselben in Form der Familie oder des Stammes, auf welche der Name Staat sich nicht anwenden läßt. Und doch ist diese Gemeinschaft zweifellos der Keim des spätern Staats und Rechts gewesen, und es muß sich, da die Geschichte sowenig wie die Natur Sprünge kennt, der Staat allmählig aus ihr entwickelt haben. Wie ist dies geschehen? Die heutige Wissenschaft scheint uns diese Frage zu verwehren, denn Recht und Geschichte beginnt für sie erst mit dem Staat. Ihr zufolge müßten wir uns also bescheiden den römischen Staat und das römische Recht als fertige Thatsachen entgegenzunehmen, und wir brauchten oder richtiger wir dürften gar nicht die Frage aufwerfen, wie sich beide aus jenem Keim entwickelt haben. Und allerdings: ließe sich diese nur mit vagen Muthmaßungen beantworten, deutete keine Spur den Weg an, den die Geschichte, um vom Individuum und von der Familie zum Staat zu gelangen, zurückgelegt hat, dann wäre die Abweisung jener Frage durchaus gerechtfertigt. Wenn es sich aber entgegengesetzt verhält — und ich glaube, daß dies hinsichtlich des römischen Rechts der Fall ist — warum mit einem solchen Axiom der Wißbegierde entgegen-

treten, warum nicht die Gelegenheit benutzen die Wurzeln des Baumes, die ein glücklicher Zufall entblößt hat, kennen zu lernen? Wenn Recht und Staat nicht im Individuum ihren innerlichen Grund hätten, wenn nicht schon jede vorstaatliche Gemeinschaft der Familien und Geschlechter eine rechts- und staatsbildende Kraft in sich trüge: woher wäre denn Recht und Staat in die Welt gekommen? Können wir also dieses Hervorgehen des Rechts und Staats aus jener Gemeinschaft irgendwie noch erkennen: warum unsere Augen verschließen? Und wo wir sie nicht mehr erkennen können: warum uns da nicht bewußt werden, wie weit Staat und Recht hier von jenem Ausgangspunkt sich bereits entfernt haben? Ich meine, daß jede Rechtsgeschichte damit beginnen sollte sich dieser Entfernung bewußt zu werden und zu versuchen, ob sie noch die Verbindungslinie zwischen Staat und Recht, wie sie ihr in der Geschichte zuerst entgegentreten, auf der einen Seite und dem Individuum oder der Gemeinschaft der Individuen auf der andern Seite erkennen kann; nicht mit der Idee ans Werk gehn, daß nur der fertige Staat sie interessiren dürfe, sondern mit der Idee, daß es irgend einmal keinen Staat gegeben habe.

Mit dieser Idee wollen wir an unsere Aufgabe treten, also hinsichtlich des ältesten römischen Staats und Rechts uns bewußt zu werden suchen, wie weit sie sich bereits von jenem absoluten Ausgangspunkt der Geschichte, dem Individuum oder der Gemeinschaft der Individuen entfernt haben, und in welchen Punkten der historisch erkennbare Zustand noch die Spuren dieses Ausgangspunktes an sich trägt. Mögen uns dabei Mißgriffe unvermeidlich sein: ich halte es für richtiger und lehrreicher von der Voraussetzung auszugehen, daß die Geschichte mit unendlich wenig angefangen habe, und demgemäß den Versuch zu machen die ersten Gebilde, die sie unsern Blicken enthüllt, an ein sittliches Minimum anzuknüpfen, als sich mit der gegebenen Thatsache des Staats und Rechts zu beruhigen und unter dem Einfluß einer gereiften Rechts- und Staatsverfassung den recht-

lichen Gehalt jener Bildungen zu überschätzen — ein Fehler, den man sich dem älteren römischen Recht gegenüber vielfältig hat zu Schulden kommen lassen.

Den Stoff, den die Geschichte uns hinsichtlich des ältesten römischen Rechts darbietet, ordne ich nach drei Gesichtspunkten oder Principien und werde versuchen Rechenschaft darüber zu geben, was jedes derselben zu dem Bau der römischen sittlichen Welt beigesteuert hat. Es sind dies jene bereits im vorigen Paragraphen erwähnten Principien, nämlich:

I. Das des subjectiven Willens, beruhend auf der Idee, daß das Individuum den Grund seines Rechts in sich selber, in seinem Rechtsgefühl und seiner Thatkraft trägt und hinsichtlich der Verwirklichung desselben auf sich selbst und seine eigne Kraft angewiesen ist.

II. Das staatsbildende Princip und als Ausflüsse desselben die Gemeinschaft auf Grundlage der Familienverbindung und der Einfluß der Wehrverfassung auf die Gemeinschaft.

III. Das religiöse Princip mit seinem Einfluß auf Recht und Staat.

Diese drei Principien folgen sich hinsichtlich ihrer sittlichen Gradation in der hier gewählten Reihenfolge; eine entsprechende zeitliche Reihenfolge derselben soll damit durchaus nicht prädicirt sein.[9a]) Im Interesse der leichteren Erkenntniß der Tragweite eines jeden dieser drei elementaren Factoren wird es jedoch verstattet sein, bei der Betrachtung sie in der Weise zu isoliren, als seien sie hintereinander aufgetreten, ihnen so zu sagen Gelegenheit zu geben zu zeigen, wie weit sie es für sich allein hätten bringen können, und wo mithin der Punkt liegt, bei dem der niedere Gedanke sich erschöpft hat und der höhere einsetzt.

9a) Ich halte es für nöthig diese Bemerkung um so mehr zu betonen, als man sie bei der Beurtheilung des folgenden Versuchs außer Acht gelassen hat, so z. B. Walter Röm. Rechts-G. Aufl. 3, I §. 18 Anm. 1.

I. Das Princip des subjectiven Willens der Urquell des römischen Privatrechts.

A. Begründung der Rechte durch persönliche Thatkraft.

Der thatkräftige subjective Wille in seiner Richtung auf Begründung des Rechts — das Recht der Beute — Vorliebe der römischen Rechtsansicht für originäre Erwerbungsarten.

Se in armis jus ferre et omnia fortium virorum esse. Liv. V, 36.

X. Wo hätte es ein Recht gegeben, das nicht aus der Thatkraft der Individuen hervorgegangen wäre, und dessen Ursprünge sich nicht in den dunkeln Hintergrund der physischen Gewalt verlören? Aber bei manchen Völkern ist jene Periode der Thatkraft und der gewaltsamen Bildung des Rechts der nationalen Erinnerung völlig abhanden gekommen, und ihre Tradition weiß nichts mehr zu berichten von den Ahnherren des Volks, die mit der Gewalt des Arms die Rechtswelt gründeten, sondern nur von Göttern oder Dienern Gottes, die das Recht den Menschen schenkten oder ihnen als Satzung auferlegten. Der menschliche Schweiß und das Blut, das dem Ursprung des Rechts anklebt, ist verdeckt durch den Nimbus göttlicher Entstehung.

Anders im römischen Recht; jene Schweiß- und Blutflecke menschlicher Arbeit, die ihm anhaften, hat keine Zeit vernichten können; der Satz, daß die persönliche Thatkraft die Quelle des Rechts sei, ist eine der Initialen der römischen Rechtsgeschichte.

Persönliche Thatkraft die Quelle des Rechts — für uns fast ein unverständliches Wort! Gewohnt, dem Staate Alles in die Hand zu legen, das Recht als den Willen des Staates zu definiren und die Verwirklichung desselben ihm zu überlassen, kennen wir für das Recht die persönliche Thatkraft kaum, und wo sie ohne Autorisation des Staats sich geltend machen will, verpönen und verfolgen wir sie als Eingriff in die Rechtsordnung. Aber

so weit in unsern Augen Gewalt und Recht von einander liegen, so weit ist unsere heutige Auffassung dieser beiden Begriffe von der altrömischen entfernt, und wir müssen unsere ganze heutige Vorstellungsweise von Staat und Rechtsordnung daheim lassen, wenn wir altrömischen Grund und Boden betreten.

Ist denn unsere strenge Scheidung von Recht und Gewalt in der That eine richtige, gibt es nicht auch heutzutage Gebiete, in denen beide Hand in Hand gehn? In den kleinen Kreisen des bürgerlichen Lebens haben wir der Gewalt den Krieg erklärt, und wenn sie heutzutage nur noch schüchtern und verstohlen sich hier blicken lassen darf, ahnen wir nicht, daß ihr einst auf diesem Gebiete die ausgedehnteste Herrschaft zustand. Aber zurückgedrängt aus diesen Niederungen des Privatlebens flüchtet sich die Gewalt auf jene Höhen, auf denen die Weltgeschichte arbeitet. Wenn ein unterdrücktes Volk sich seines Tyrannen entledigt, wenn die Staatsgewalt das im Zustande der höchsten Erschlaffung ihr von der unverständigen Masse aufgelegte Joch einer verderblichen Verfassung von sich wirft, wenn das Schwert des Eroberers einen morschen Staat zertrümmert und dem besiegten Volke Gesetze auferlegt — — was antwortet darauf unsere Theorie von Recht und Gewalt? Sie erkennt die Aenderung als vollendete Thatsache, als rettende That an, d. h. sie kann dem Geständniß nicht ausweichen, daß doch die Thatkraft als solche Recht tilgen und schaffen kann. Die Geschichte mit ihren gigantischen, naturkraftartig wirkenden Mächten läßt sich nicht durch unser theoretisches Spinnengewebe fesseln; wenn sie lebendig wird, zerreißt sie es mit einem Schlage an allen Stellen und überläßt der Theorie die Mühe es in veränderter Gestalt wieder zusammen zu knüpfen.

Und, wie nun? Sehen wir noch heutzutage, daß die Thatkraft das Recht gebiert, welche andere Mutter als sie sollte das Recht am Anfang der Geschichte gehabt haben? Werfen wir aber darum beide nicht zusammen, sagen wir nicht, daß statt des Rechts die Gewalt regiert habe. Auch das Recht war da, wenn

auch in ganz anderer Weise als heutzutage; nicht nämlich als eine objective Macht, die sich durch sich selbst verwirklicht, sondern als innerliche, als subjectives Rechtsgefühl. Was die Thatkraft geschaffen, was sie erworben und erkämpft, dem drückte das Rechtsgefühl seinen Stempel auf, machte es zu einem Theile der Person selbst und verdoppelte damit die Kraft, mit der es behauptet ward. Der erste Ansatz des Rechtsgefühls ist das Gefühl der eignen Berechtigung, gestützt auf die Bewährung der eignen Kraft und gerichtet auf die Behauptung der Früchte derselben. Was der Mensch mit Schweiß oder Blut gewonnen, das will er behalten. Dies Gefühl involvirt begrifflich freilich auch die Anerkennung des fremden Rechts, aber praktisch entwickelt sich die Achtung vor dem Rechte Anderer nur sehr mühsam und allmählig. Ursprünglich ist sie auf den engen Kreis der Genossen beschränkt; wer draußen steht, ist rechtlos, gegen ihn mag man der Gewalt völlig freien Lauf lassen, die Uebermacht begründet das Recht. Auch gegen die Genossen ist Gewalt erlaubt, sobald sie die Person oder den Besitz des andern kränken; durch Selbsthülfe verschafft man sich das Verlorne wieder, ist dies aber unmöglich, so kühlt man wenigstens die Rachlust.

Dies sind die Umrisse einer rohen Rechtsanschauung, von der die Römer oder ihre Vorfahren nicht bloß einmal ausgegangen sind, um sie dann zu vergessen, sondern die wenn auch in verfeinerter und veredelter Gestalt sich stets bei ihnen erhielt. Der persönlichen Thatkraft gehört die Welt, in sich selbst trägt der Einzelne den Grund seines Rechts, durch sich selbst muß er es schützen, das ist die Quintessenz altrömischer Lebensanschauung, wie wir jetzt an den Spuren, die das Recht, die Mythe und Etymologie uns aufbewahrt haben, näher nachweisen wollen.[10])

Mit dem Schwerte ist die römische Welt gegründet, und das

---

10) Im Folgenden habe ich auf Grund der Bemerkungen von L. Lange in seiner oben angeführten Recension der ersten Auflage dieses Bandes verschiedene bedenkliche oder unrichtige etymologische Argumente beseitigt.

Schwert oder der Speer ist das älteste Symbol des römischen Rechts. Nicht die Götter gaben den Römern ihre erste Ausstattung, wie der Gott Israels den Juden das gelobte Land verlieh, nicht Kauf und List wurden angewandt, wie einst von Dido bei der Gründung Karthagos; nein die Römer haben kein „abgeleitetes" Eigenthum im Sinne der Rechtssprache, abgeleitet von Gott oder andern Menschen, sondern sie haben ein „ursprüngliches", bei dem der Eigenthümer sein eigner Auctor ist, sie haben es sich genommen, wo sie es fanden.

Der Erwerb des Römers bestand im capere, Eigenthum ist ihm, was er mit der Hand genommen hat, manu-captum, mancipium, er selber ist der „Nehmende": herus;[11]) Eigenthum übertragen wird nicht, wie in späterer Zeit, durch Hingabe (trans-datio, traditio), sondern wo ein Römer dem andern Eigenthum überläßt, wird dies in alter Zeit der Form wie der Sache nach aufgefaßt als einseitiges Nehmen des Erwerbers (mancipatio, manu capere).

Nehmen ist das der römischen Vorstellungsweise allein Entsprechende, und die lateinische Sprache ist bei ihrer sonstigen Armuth doch reich an Ausdrücken, die ursprünglich diese Bedeutung gehabt haben. Emere heißt im späteren Latein kaufen, aber wo die Römer der spätern Zeit kauften, pflegten ihre Vorfahren zu nehmen; denn das war die ursprüngliche Bedeutung von emere.[12]) Rapere (das deutsche rauben, gothisch raubon) hat im spätern Latein die deutsche Bedeutung, und rapina erscheint hier als De-

---

11) Vom Sanskr. hr nehmen, woher auch χείρ. Lange a. a. O. Dominus leitet derselbe von do (mit dem Suffix minus wie bei femina, ter-minus) ab. Ein weiteres Argument für die Ableitung der Rechtsbegriffe aus dem der Gewalt findet er in dem Wort potestas.

12) Festus sub voc. Abemito significat demito vel auferto; emere enim antiqui dicebant pro accipere; ebenso sub voc. Redemptores. S. auch Pott a. a. O. B. 1 S. 261. Die ursprüngliche Bedeutung hat sich noch in Zusammensetzungen erhalten z. B. adimere (ademere), zu sich nehmen.

lict, allein in alter Zeit kannte man ein eignes Delict des Raubes nicht,[13]) und rapere hieß nichts als reißen, gewaltsam an sich ziehen, ohne daß die Sprache die Nüancirung des Unerlaubten hineingelegt hätte. Ebensowenig unterscheidet die Sprache zwischen dem Fall, wo man mühelos eine herrenlose Sache zu sich nimmt, und dem, wo man sie erbeutet; beides heißt occupare. Von diesen drei Stammwörtern emere, capere und rapere hat die lateinische Sprache einen großen Reichthum abgeleiteter und zusammengesetzter Wörter gebildet, deren Bedeutungen späterhin weit auseinander fallen; aber um so bezeichnender ist die ursprüngliche Identität aller dieser Bedeutungen in dem Begriffe des Nehmens.

Der Hauptfall der gewaltsamen Aneignung war der der kriegerischen Erbeutung, letztere ward, wie Gajus uns berichtet,[14]) als die beste Erwerbsart des Eigenthums angesehn, maxime, sagt er, sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent. Raub vom Feinde hat von jeher bei allen jugendlichen, kriegerischen Völkern als ehrenvoller Erwerb gegolten; „noch heutzutage ist bei den arabischen Nomadenstämmen das Wort: Räuber ein Ehrenname" (Roscher) und nach altgriechischer und altnordischer Ansicht war Seeraub ein anständiges Gewerbe, aber den Handel verachtete man, denn mit ihm verträgt sich Feigheit und Betrug, wie ja Mercur zugleich der Gott des Handels und der Diebe ist. Jene Mittheilung von Gajus ist wohl nichts weiter als ein Schluß, den er selbst macht, allein sie ist doch insofern nicht ohne Gewicht, als hier ein römischer Jurist, dem für die Kenntniß des ältern Rechts ganz andere Materialien zu Gebote standen als uns, in ihm die obige Anschauung ausgeprägt fand. Ob der etymologische Ursprung des Wortes praedium nicht ebenfalls auf die Vorstellung des Nehmens zurückzuführen ist, stehe dahin;

---

13) Raub fiel unter den Begriff des Diebstahls, nämlich des furtum manifestum.

14) Gaj. IV. §. 16.

die Verwandtschaft mit praeda läßt sich nicht verkennen.[15]) Es lag nahe die Eintheilung der Sachen in res mancipi und nec mancipi mit der kriegerischen Erbeutung in Beziehung zu setzen;[16]) die res mancipi, bei denen nur mancipatio oder ein sonstiger civilrechtlicher Erwerbungsact Eigenthum übertrug, sollen die Sachen gewesen sein, welche die Römer bei ihren Raubzügen mit fort zu schleppen pflegten. Ich halte jedoch diese Ansicht, die ich früher selber gebilligt habe, nicht für richtig, muß es jedoch einer spätern Stelle vorbehalten meinen Widerspruch zu begründen. Die mancipatio beruht unzweifelhaft auf der Idee, daß der Accent der Eigenthumsübertragung auf der Thätigkeit des Empfängers, auf seinem Nehmen, nicht auf der Hingabe von Seiten des Gebers beruhe, allein der Raub vom Feinde ist in ihr durch nichts signalisirt.

Die Idee, daß das Nehmen die rechte Entstehung der rechtlichen Herrschaft sei, spricht sich auch anderwärts aus. Zuerst bei der römischen Hochzeit. Hier ward die Braut vom Manne aus dem Schooße der Ihrigen geraubt: wie Festus[17]) naiv hinzufügt, darum, weil dies dem Romulus glücklich von Statten gegangen sei. Die Sage vom Raube der Sabinerinnen ist aber vielleicht eher die Wirkung als die Ursache dieser Sitte. Der

---

15) Ueber praeda, zusammengezogen aus prae-hida von prae hendere, prendere, Wurzel hed s. Pott a. a. O. 1 S. 142, 199. Praedium anstatt mit praeda (wie schon die Römer, Gromat. veter. ed. Lachmann I p. 369: quod antiqui agros quos bello ceperant ut praedae nomine habebant) mit praes, dem Bürgen, zusammen bringen zu wollen, nämlich als Sicherungsobject, heißt die Frage nur verändern, nicht sie lösen. Denn auch praes hängt mit jener Wurzel zusammen, es ist der, welcher etwas auf sich nimmt. Rivier Untersuchungen über die Cautio praedibus praediisque Berlin 1863 S. 14 will praes von prae-vas ableiten; wie praeda und praedium sich dabei einordnen solle, darüber erklärt er sich nicht, den Zusammenhang der beiden letztern untereinander erkennt er S. 30 an.

16) Puchta Cursus der Institutionen B. 2. §. 238.

17) Sub voc. rapi.

zweite Gebrauch war religiöser Art. Wo die Menschen rauben und im Raube die Wurzel des Eigenthums erblicken, da müssen auch die Götter durch Raub sich ihre Diener verschaffen. So wurden denn die vestalischen Jungfrauen[17a]) und der flamen Dialis geraubt (capiuntur); ob nur sie und, wenn dies der Fall, warum nur sie, steht dahin.

Das Symbol des Eigenthums war der Speer. Wo es sich in Rom um einen öffentlichen Eigenthumsakt handelte, ward dies durch Aufstecken des Speeres kund gegeben, so z. B. beim Centumviralgericht, das vorzugsweise über ächt römisches Eigen erkannte, so ferner bei öffentlichen Verkäufen (sub hasta vendere),[18]) von welcher Sitte sich der in unsere heutige Geschäftssprache übertragene Ausdruck „subhastiren" herschreibt. Bei der Freilassung der Sklaven vor dem Prätor erscheint gleichfalls der Speer, später statt dessen ein Stab, in officieller Sprache vindicta; dies führt uns aber schon zu der Vindication, von der erst unten die Rede sein kann. Auch das Hochzeitsceremoniel kennt den Speer. Der Bräutigam pflegte der Braut bei der Vermählung mit einem Speere (coelibaris hasta[19]) das Haar zu scheiteln, und Festus, der uns diese Notiz aufbewahrt hat, führt neben andern Erklärungen auch die an, daß der Speer das höchste Zeichen der Macht sei („summa armorum et imperii"), wodurch der Braut habe angedeutet werden sollen, daß sie fortan gänzlich der Gewalt des Mannes unterworfen sei. Nach neuern Untersuchungen dürfte es jedoch wohl außer Zweifel stehn, daß diese Deutung eine unrichtige ist.[19a])

17a) Gell. 1, 12 §. 13: pontificis maximi manu prehensa ab eo parente, in cujus potestate est, veluti bello capta abducitur.

18) Daher hasta auch noch in späterer Zeit kurzweg für Auction z. B. fiscalis hastae fides. Auch auf öffentliche Verpachtungen wird der Ausdruck hasta angewandt z. B. Livius 39, 44 submotis ab hasta.

19) S. Festus sub hac voce.

19a) Roßbach Untersuchungen über die römische Ehe Stuttgart 1853 S. 290. Der Speer diente ursprünglich zum Schneiden des Haars und erhält sich als residuäre Form. II, 538.

Daß die Menschen den Göttern das höchste Symbol der Herrschaft nicht versagt haben werden, liegt zu sehr auf der Hand, als daß uns die Notiz,[20]) die Römer hätten in ältester Zeit alle Götter unter der Gestalt der Lanze verehrt, Wunder nehmen könnte. In späterer Zeit wird die Lanze aus einem Symbol ein Attribut der Götter und zwar in ihrer ältesten Gestalt als hasta pura, d. h. als Lanze ohne Eisenspitze.[21])

Wo physische Kraft den Erwerb vermittelt, da spielt natürlich die Hand als Instrument derselben eine Hauptrolle; kämpfen ist: „handgemein werden", „manum conserere", angreifen: „Handanlegen" „manum injicere", manus injectio", die rechtliche Herrschaft selber wird nach der Hand, die sie thatkräftig begründet hat und behauptet, als manus bezeichnet.[21a]) Im spätern Recht hat dieser Ausdruck im technischen Gebrauch sich zwar auf eine Art der Herrschaft, die über die Ehefrau zurückgezogen, allein aus den Zusammensetzungen des Wortes, die noch im spätern Recht in Uebung geblieben sind, ergibt sich die frühere generelle Bedeutung desselben.[21b])

Die Thatkraft, die Gewalt also ist die Mutter des Rechts, das ist das Resultat der bisherigen Ausführung. In diesem Satz liegt die uranfängliche Lebensanschauung und der kriegerische Sinn des Volkes klar ausgesprochen, liegt ein Stück vorrömischer Geschichte. Die Etymologie gewährt uns dafür noch

---

20) Justin 43, 23.

21) „Die Kriegslanze war ursprünglich nicht mit Eisen versehen, sondern nur eine hasta praeusta, welche durch Feuer zugespitzt war. Es hat sich im Bewußtsein der italischen Völkerschaften erhalten, daß diese Waffe einst bei der Kriegsführung gebraucht worden ist, wenn sie zur Ankündigung des Krieges von den Fetialen in das Gebiet der Feinde geschleudert, und wenn dem Krieger als Zeichen der Anerkennung seiner Tapferkeit eine hasta pura überreicht wird." Roßbach a. a. O. S. 291. Es verhält sich damit ebenso, wie mit dem Fall in Note 19a.

21a) Von manus stammt auch manubiae der Erlös der Beute. Gell. 13, 24.

21b) Das Nähere §. 32.

manche anderweite Unterstützung. Wie die lateinische Sprache das Grundstück nicht nach der so offenbar vorwiegenden Eigenschaft der Unbeweglichkeit, sondern als Gegenstand der Beute bezeichnet, so benennt sie auch den Mann nicht nach seinem Geschlecht, sondern nach seinem kriegerischen Beruf. Der Sanskritausdruck für Mann ist nri und nara,[22]) und die griechische Sprache hat in ihrem ἀνήρ denselben beibehalten, die lateinische hingegen läßt ihn fallen und wählt dafür das Wort vira (vir), welches im Sanskrit Krieger, Held bedeutet, d. h. die römischen Männer charakterisiren sich nicht durch ihr Geschlecht, sondern durch ihren kriegerischen Beruf. Die römische Tugend, vir–tus, ist also ihrem ursprünglichen Sinn nach der Besitz der Männlichkeit, d. h. kriegerischer Tüchtigkeit. Mit vir hängt dem Wortlaut und dieser altrömischen Auffassungsweise nach vis, die Kraft, Gewalt zu nahe zusammen, als daß man nicht auf eine ursprüngliche etymologische Verwandtschaft schließen müßte.[23]) Ein Krieger, vir, mit der hasta seine vis bewährend und Personen und Sachen in seine manus bringend, wäre der persönliche Ausdruck der Idee, mit der wir uns hier beschäftigen. Der Name des Volks, Quirites hängt nach gangbarer Ableitung gleichfalls hiermit zusammen. Quiris, curis ist die altsabinische Lanze,[23a]) die Quiriten also sind die Lanzenträger. Ueber die Ableitung von quiris möge mir erlaubt sein, eine Vermuthung zu äußern. Eine namhafte Auctorität[24]) stellt die Abstammung der Wörter curia, decuria u. s. w. von com–viria, decem–viria als möglich hin. Curia, hiernach also die Männergemeinschaft Mannschaft, sowie

---

22) Pott a. a. O. 1 S. 106.

23) Der Zusammenhang von vis und vir ist etymologisch möglich, denn das r des letzteren Wortes findet sich bei jenem noch im Plural. S. Pott a. a. O. B. 1 S. 205, dem der Wegfall des r im Singular freilich nicht unbedenklich erscheint. S. jedoch die Bemerkungen von Lange a. a. O. S. 42.

23a) Macrob. Sat. I, 9: ab hasta, quam Sabini curim vocant.

24) Pott a. a. O. 1 S. 123.

decuria, centuria hatte eine militärische Bedeutung ähnlich wie unser „Mannschaft"; es bezeichnete eine Heeresabtheilung, worüber im §. 17 ein näheres. Curia aber und curis oder quiris (cu- und qui- wechseln bekanntlich oft mit einander) stehen sich zu nahe, als daß man nicht eine ursprüngliche Verwandtschaft annehmen möchte. Ist nun curia von com-viria, Mannschaft abgeleitet, so würde — jene Verwandtschaft angenommen — von diesem Worte curis abstammen, und zwar in dem Sinn „das, was der curia eigen ist", das ist aber der kriegerische Speer in seiner dienstmäßigen, allen gemeinsamen Gestalt.[25]) Quirites wären dann also die Träger dieser Lanze, und jene unvermeidliche Lanze, die wir bereits bei Göttern wie Menschen, bei Hochzeiten wie Verkäufen, Freilassungen wie Gerichtssitzungen getrof-

---

25) Man wende mir nicht ein, es sei abnorm, daß die Sprache den Speer nach der Mannschaft benannt haben sollte. Nicht die bloße hasta ist darnach benannt, sondern die hasta curiae, die hasta quiris d. h. der Speer wie er eben der ganzen Curie gemeinsam, also dienstmäßig ist. Auf eine Analogie der deutschen Sprache hat mich Müllenhoff aufmerksam gemacht. Die „Kunkel" (chonacla, kunkela, cuncla), das Symbol der Frau, ist gebildet von quena oder konâ (γυνή), Frau, warum nicht das Zeichen der „Mannschaft" curis von der „Mannschaft", curia selbst? — Der obigen Ansicht, welche die Pott'sche Ableitung der curia von com-viria zu ihrer Grundlage hat, ist von Lange a. a. O. ein entschiedener Widerspruch entgegengesetzt (s. auch dessen röm. Alterth. B. 1 S. 80 [Aufl. 2]). Derselbe leitet curia von der Wurzel κυρ, κοιρ (κυρία) coer (coerare = curare) d. i. coir, quir mit der Bedeutung der „endgiltigen Entscheidung" ab, und es läßt sich nicht läugnen, daß diese Ableitung zu dem officiellen Gebrauch des Worts Quirites (Mitglieder der Curia) als die Bürger im Gegensatz der Soldaten und zu den sonstigen Argumenten, die Lange anführt („Quirinus repräsentirt die bürgerliche Thätigkeit des populus Romanus Quiritium, wie Mars die kriegerische; Zusammenhang der Juno Quiritis mit den Curien, in deren jeder sie einen Altar hatte") ungleich besser stimmt, als die gangbare, welche die Bürger zu Soldaten stempelt. Corssen (bei Lange Alterth. a. a. O.) leitet curia von covisia (von der skr. Wurzel vas wohnen) ab, und diese Ableitung empfiehlt sich dadurch, daß sie die Verbindung der Worte decuria und centuria mit dem Grundbegriffe der curia ermöglicht, woran es die Lange'sche Etymologie fehlen läßt.

fen haben, würde freilich nirgends besser am Platz sein als im Namen dieses lanzensüchtigen Volkes selbst. Noch einmal (§. 12) wird sie uns begegnen, aber nicht mit der Bestimmung um Rechte zu begründen, sondern um sie zu wahren.

Bisher betrachteten wir die physische Kraft in einer Qualität, in der sie sich nur dem Feinde gegenüber praktisch erwies, nämlich in der als die primitive Begründerin des Eigenthums. Es ist das Recht der Beute, an dem der römische Eigenthumsbegriff sich zuerst zeigt, und an den auch die friedliche, vertragsmäßige Erweiterung desselben anknüpft. Was Jemand dem Feinde abgestritten, gebührt ihm als Kampfpreis, ist sein eigen; die physische Kraft kehrt heim mit dem Begriffe des Rechts, der Gegenstand, an dem sie sich bethätigt hat, ist für die Genossen kein Object der Beute, sondern rechtlich unantastbar, wie die Person selbst. Darin liegt eben der Begriff des Beuterechts; es wäre negirt, wenn es sich anders verhielte. An diese der Zeit und dem Begriff nach erste, originäre Erwerbungsart lehnen sich die derivativen an. Unserer heutigen Auffassung erscheint der Vertrag als eine so natürliche Begründungsart von Rechtsverhältnissen, daß wir keinen Anstand nehmen, diese Auffassung auch den Römern unterzulegen, allein ich halte das für grundfalsch, wie ich im zweiten System ausführlicher nachzuweisen gedenke. An dieser Stelle genügt die Bemerkung, daß die Uebertragung des Eigenthums durch Vertrag im ältesten Recht nicht als solche Kraft und Gültigkeit hatte, sondern dadurch, daß sie sich der Idee des Beuterechts accommodirte. Eigenthum ist ursprünglich nichts als Recht am erbeuteten Gegenstand, entsteht mithin nur durch Erbeutung. Wenn also Jemand, anstatt sich die Sache, deren er bedarf, vom Feinde zu holen, einen Genossen darum angeht, und dieser sie ihm nicht bloß zum Besitz, sondern als Eigenthum d. h. als „sein nach dem Recht der Beute" übertragen will, so kann dies nur in der Weise geschehen, daß letzterer sie sich ent-

reißen läßt, der neue Innehaber also als „der, welcher die Sache erbeutet hat“ d. h. als Eigenthümer erscheint.

Wir wenden uns jetzt der Gewalt zu in ihrer Richtung auf den Schutz, die Verwirklichung des Rechts.

B. Das System der Selbsthülfe.

1. Allgemeine Betrachtung.

Beginn des Rechts mit der Selbsthülfe — Die Gewalt im Dienste des Rechts — Relevanz des Unterschiedes zwischen zweifellosen und zweifelhaften Ansprüchen — Ununterschiedenheit der verschiedenen Arten des Unrechts.

Neque enim qui potest in furem statuere necesse habet adversus furem litigare; iccirco nec actio ei a veteribus prodita est l. 17 pr. de furt. (47. 2).

XI. Die ersten unausbleiblichen Regungen des verletzten Rechtsgefühls bestehen in der gewaltsamen Reaction gegen das zugefügte Unrecht, in Selbsthülfe und Rache. Mit Selbsthülfe und Rache, dieser Art der wilden Gerechtigkeit, wie Baco von Verulam sich ausdrückt, hat ein jedes Recht begonnen. Nach unserer heutigen Auffassung aber ist dieser Anfang nichts als das vorstaatliche Chaos, in dem Recht und Gewalt sich noch nicht gesondert haben, und von Recht noch keine Rede sein kann. Letzteres soll erst entstehen, wenn der Staat jene Aufwallungen des subjectiven Rechtsgefühls bezwungen und Organe zur Verwirklichung des Rechts hervor getrieben hat. Die Entstehung des Rechts datirt sich nach unserer heutigen Auffassung erst von der des Richteramts an, Rechtsordnung und Rechtshandhabung von Seiten des Staats sind ihr synonyme Begriffe.

Diese Auffassung ist erklärlich vom Standpunkt unserer heutigen Rechtsordnung aus, aber sie unterschätzt die Stärke und Wirksamkeit der natürlichen Organisationskraft der Rechtsidee.

Das Wesentliche im Begriff der Rechtsordnung ist die gesicherte und constante Verwirklichung des Rechts, verkehrt ist es aber zu glauben, als ob diese Verwirklichung lediglich durch den Staat und seine Behörden, nicht aber wenngleich in unvollkommnerer Weise durch die unmittelbare Macht des Lebens erfolgen könne. Ursprünglich hat jedes Bedürfniß des Lebens sich durch das Leben befriedigt. Bevor eine gesteigerte Entwicklung nach und nach besondere Organe für die verschiedenen Aufgaben und Interessen der Gemeinschaft ausgeschieden hatte, waren letztere nicht dem Zufall Preis gegeben, sondern die natürliche Selbsthülfe oder Heilkraft des Lebens half sich selber. Wir haben es erleben müssen, daß man an den Staat die abentheuerliche Anforderung einer „Organisation der Arbeit" gestellt hat, aber so sehr man heutzutage auch mit der Idee eines Organisirens von Staatswegen vertraut ist, so hat man doch jene äußerste Consequenz dieser Idee zurückgewiesen und die Antwort ertheilt: die Arbeit organisirt sich selbst, der Staat kann und soll sich nicht hineinmischen. Wie, wenn nun zu irgend einer Zeit auch die Justiz sich ohne Zuthun des Staats von selbst organisirt hätte, wenn der Staat den Individuen damals so wenig hätte behülflich zu sein brauchen, daß sie Recht fänden, als heutzutage, daß sie Arbeit finden?

Hatte der Staat etwa nöthig die Rechtsgrundsätze aufzustellen, nach denen die Völker in ihrer Urzeit sich richteten, waren sie von Gott und Recht verlassen, bis der Gesetzgeber sich ihrer annahm und ihnen vorschrieb, was Rechtens sei? So dachte man sich die Sache noch vor nicht gar langer Zeit; einen Rechtszustand ohne Gesetzgeber hielt man für unmöglich. Heutzutage haben wir uns von diesem Irrthum losgesagt; wir wissen, daß das Recht nicht auf den Gesetzgeber gewartet, vielmehr in Form des Gewohnheitsrechts von den ältesten Zeiten an existirt hat. Ist es denn nun so unglaublich, daß derselbe Trieb nach Recht und Ordnung, welcher sich hierin ausprägt und den Gesetzgeber überflüssig gemacht hat, auch rücksichtlich der Verwirklichung des Rechts sich bethätigt und den Richter in unserm heutigen Sinn

entbehrlich gemacht habe? Richter hat es von den ältesten Zeiten an gegeben, es waren Rechtskundige, die als Sachverständige ein Gutachten über einen Rechtsstreit abgaben. Aber die Frage ist nur, ob sie, wie unsere heutigen, im Namen des Staats Recht sprachen und verwirklichten. Und dies ist es, was ich läugne. Die Geschichte hat uns zwar ein klares Bild des in die Urzeit der Völker sich verlierenden ursprünglichen Rechtszustandes vorenthalten, aber andererseits doch bei den meisten Völkern uns noch so viele Spuren desselben im spätern Recht aufbewahrt, daß wir auf künstlichem Wege uns den ursprünglichen Zustand und die Ideen, die ihn beherrschten, zu reconstruiren vermögen. Das Interesse dieser Reconstruction besteht weniger darin, der Geschichte etwas abzugewinnen, was sie uns versagt hat, als Dasjenige, was sie gewährt, besser zu begreifen, d. h. uns bewußt zu werden, aus welchen Ideen und Anschauungen das Recht der historischen Zeit hervorgegangen ist, eine Anknüpfung und ein Verständniß zu suchen für Erscheinungen, die uns vom Standpunkt des entwickelten Rechts aus als völlig räthselhaft erscheinen müssen.

Wir versetzen uns im Geist in eine Zeit hinein, in der die Gemeinschaft noch keine Organe für die Verwirklichung des Rechts aus sich hervorgetrieben hatte, es vielmehr als reine Privatsache der Individuen betrachtete sich Recht zu verschaffen.[25a])

25a) Der folgenden aus der ersten Auflage hinübergenommenen Darstellung hat sich Seeger Abhandlungen aus dem Strafrecht. Tübingen 1858 S. 164, 211 u. fl. angeschlossen. Auch von Bethmann-Hollweg Der Civilprozeß des gemeinen Rechts Bd. 1 S. 90 Note 3 scheint weniger das von mir entworfene Bild für ein unrichtiges zu erklären, als sich gegen „die Voraussetzung, daß auch die Selbsthülfe als ordentliches Mittel der Rechtsverfolgung sich vor der Vernunft rechtfertigen lasse" und gegen das „Wohlgefallen", das ich an jenen Zuständen gefunden, aussprechen zu wollen (s. S. 89 daselbst: „Ueberbleibsel vorhistorischer Barbarei"). Ich ge-

Ein solcher Zustand hat bestanden; ob er weit über Rom hinausreicht, ist Nebensache, die Hauptsache ist die Erkenntniß, daß der ältsterkennbare Zustand des römischen Rechts unmittelbar an ihn anknüpft und sich von dieser Grundlage aus entwickelt hat.

Nicht der Zufall herrschte hier statt des Rechts, nicht das Maß der den beiden streitenden Partheien zu Gebote stehenden physischen Macht gab den Ausschlag, sondern die Idee des Rechts verwirklichte sich auch hier bereits, wenn auch auf unvollkommene Weise. Wer wegen erlittenen Unrechts zur Selbsthülfe schreiten mußte, war nicht auf seine eigene geringe Kraft angewiesen, das Unrecht rief in der Gemeinschaft dieselbe Reaction des Rechts-

---

stehe gern zu, daß jene Zustände von einem geordneten Rechtszustande, wie wir ihn heutzutage verlangen, weit entfernt waren, und daß ich es wohl zufrieden bin sie nicht in der Wirklichkeit erleben zu müssen, allein andererseits schien es mir gegenüber der herrschenden Ansicht, welche in ihnen nur Barbarei und grauenhafte Willkühr erblickt, hochst nöthig zu sein mit aller Entschiedenheit darauf hinzuweisen, daß auch sie bereits einen gewissen Rechtsgehalt in sich schlossen, eine gewisse Stufe des Rechtslebens repräsentirten. Was man heutzutage gegenüber dem Antheil, den die Staatsanstalten an der Bildung und Verwirklichung des Rechts haben, viel zu sehr übersieht, ist die moralisch-persönliche Energie und damit die äußerlich gestaltende Macht des subjectiven Rechtsgefühls. Aus ihr ist doch schließlich die ganze Rechtsordnung hervorgegangen — woher sonst? Die praktische Möglichkeit solcher Zustände, wie ich sie für die Urzeit des römischen Rechts behaupte, ist durch die geschichtliche Ueberlieferung bei den verschiedensten Völkern dargethan, s. z. B. für das jüdische Recht: Ewald Die Alterthümer des Volks Israel S. 211, für das griechische: Meier und Schömann Der attische Prozeß S. 747, 748, Heffter Atheniensische Gerichtsverfassung S. 454, für das altgermanische, isländische, altnordische: Wilda Strafrecht der Germanen S. 157—223, Dahlmann Geschichte von Dännemark II. S. 335 fl., Seeger Abhandlungen aus dem Strafrecht. Tübingen 1858 S. 176—210, für das russische: Krit. Zeitschr. für Rechtswiss. u. Gesetzgebung des Auslands XII. S. 72, 73. Neuere Reisenden in Afrika wissen Aehnliches zu berichten z. B. Ladisl. Magyar, Reise in Südafrika I. S. 331: „Die Vollziehung des Urtheils wird von dem gewinnenden Theil und seinen Verwandten besorgt; reicht die Macht dazu nicht aus, so wartet man eine passende Gelegenheit ab (z. B. eine Reise) mitunter Jahre lang.“

gefühls hervor, wie in ihm selbst, das Uebergewicht der physischen Kraft warf sich regelmäßig auf Seiten dessen, der Recht hatte. Im Rechtsgefühl liegt einmal der Trieb sich zu realisiren, und eine Verletzung desselben, treffe sie nun zunächst auch nur den Einzelnen, wird nicht bloß in ihm, sondern in der Gesammtheit jenen Trieb in Bewegung setzen. Findet er kein verfassungsmäßiges Organ zu seiner Realisirung vor, so wird er sie sich in unmittelbarer Weise zu verschaffen suchen. Möge kein Richter da sein, der den Verbrecher zur Rechenschaft zieht und straft, letzteren ereilt dennoch die Strafe und vielleicht sicherer und rascher als bei der ausgebildetsten Organisation der Strafrechtspflege; es ist die Volksjustiz, welche die verletzte Volksmoral zur Anerkennung bringt. Was aber in unsern jetzigen Zuständen die Furcht vor der Strafe des Gesetzes und dem Richtschwert der Obrigkeit bewirkt, das leistet dort die Furcht vor dem allgegenwärtigen Arme jener Volksjustiz. Es wäre also sehr verkehrt sich jenen Zustand in der Weise auszumalen, als ob Scenen der Volksjustiz und einer gewaltsamen Privatselbsthülfe an der Tagesordnung gewesen seien. Wenn die Furcht vor der Strafe von dem Verbrechen, die Aussicht auf die Erfolglosigkeit des Widerstandes von einem Privatunrecht abzuhalten vermag, so that sie das dort sowohl wie heutzutage bei uns. Was half es dem Schuldner die Selbsthülfe des Gläubigers zu provociren, da, die Evidenz des gegnerischen Anspruches vorausgesetzt, die Erfolglosigkeit des eignen Widerstandes vorauszusehen war? Aber diese Evidenz des geltendgemachten Anspruchs war allerdings auch die unerläßliche Voraussetzung des gesicherten und geregelten Ganges der Selbsthülfe. Nur wo das Recht des Einen und das Unrecht des Andern sonnenklar war, konnte die Selbsthülfe jener moralischen und physischen Unterstützung gewiß sein, auf der die Sicherheit ihres Erfolges, ich möchte sagen ihr Charakter als Rechtsinstitut beruhte. Wo der Anspruch zweifelhafter Art war, hätte die Verfolgung desselben auf dem Wege der Selbsthülfe nothwendigerweise zu einem wilden Kampfe, zur vollstän-

digen Anarchie führen müssen, hier bedurfte sie der Ergänzung durch Einrichtungen zum Zweck der Lösung der Zweifel (§. 12).

Dieser Unterschied zwischen zweifellosem und zweifelhaftem Recht und Unrecht, der auf den Anfangsstufen der Rechtsentwicklung mehr oder weniger überall einen maßgebenden Einfluß ausübt,[26]) im Fortgang derselben aber ihn mehr und mehr einbüßt,[26a]) tritt im altrömischen Recht und Prozeß in einer so scharf ausgeprägten und tiefeingreifenden Weise hervor, daß man ihn als einen die ganze Architektonik des ältern Systems bestimmenden und gliedernden Grundgedanken bezeichnen kann. Nur wo der Anspruch zweifelhafter Art ist, kömmt es zum Prozeß; wo er evident ist, erfolgt sofort die Execution und zwar ohne Mitwirkung der Behörde lediglich durch den Berechtigten. Neque enim qui potest in furem statuere necesse habet adversus furem litigare — in diesem oben als Motto benutzten Satz des römischen Juristen liegt der Grundgedanke der altrömischen Rechtsordnung ausgesprochen. Wer sein klares Recht hat, bedarf der Obrigkeit nicht, weder um dasselbe durch sie erst noch anerkennen, noch um es durch sie realisiren zu lassen. Die Realisirung ist ausschließlich Sache des Berechtigten. Es ist mir keine Bestimmung des ältern Rechts bekannt, welche ihn an die Mitwirkung der Obrigkeit bände oder ihm dieselbe auch nur in Aussicht stellte. Daß der Magistrat keinen Anstand genommen haben wird nöthigenfalls diese Mitwirkung zu gewähren, gilt mir zwar als unzweifelhaft,[26b]) allein dieselbe bildete kein Glied des ältesten Executionsverfahrens, letzteres beruht offensichtlich auf der stillschwei-

---

26) Beispielsweise im altnordischen (Wilda a. a. O. S. 161—165), im englischen (Gundermann, Engl. Privatrecht I. S. 372), auch im russischen (Krit. Zeitschr. s. Anm. 25b) u. a.

26a) Daß derselbe jedoch auch in unserm heutigen Rechte Anwendung findet, darüber s. ein Beispiel bei Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts S. 153 (richterliches Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze).

26b) Ein solcher Fall wird erwähnt bei Liv. III 48: I, lictor, submove turbam et da viam domino ad prehendendum mancipium.

genden Voraussetzung, daß ein Widerstand gegen eine berechtigte Selbsthülfe gar nicht zu besorgen stehe, die Macht des Berechtigten selber vollkommen ausreiche; die Strafandrohungen für den Fall der Widersetzlichkeit stammen sämmtlich aus späterer Zeit.[27]) Nur durch Bestreitung ihrer Rechtmäßigkeit konnte ein Dritter als vindex den Lauf einer Execution aufhalten; verlor er, so zahlte er zur Strafe denselben Betrag wie der Schuldner. Gegen den, welcher der berechtigten Selbsthülfe Widerstand entgegensetzte, war die Anwendung von Gewalt erlaubt, was mit lauter Stimme verkündet werden sollte.[27a])

Den Begriff der Selbsthülfe im weitern Sinn zerlegen wir heutzutage in drei Unterbegriffe, den der Selbstvertheidigung (Abwehr drohender Rechtsverletzungen), den der Rache (Wiedervergeltung eines uns zugefügten Uebels) und den der Selbsthülfe im engern Sinne (Aneignung dessen, worauf wir einen Anspruch zu besitzen glauben). Indem wir den ersten Anwendungsfall der Eigenmacht von der folgenden Untersuchung völlig ausschließen, da er für das ältere Recht nichts Charakteristisches enthält, betrachten wir

1) die Rache und die daraus historisch hervorgegangene Privatstrafe (§. 11[a]). Die Verletzung des Rechts, gegen welche sie die Reaction enthält, ist bei dem Delict eine eclatante, der Anspruch auf Genugthuung ein unzweifelhafter, die eigenmächtige Verfolgung desselben also nach unserm obigen Grundsatz gerechtfertigt;

---

27) S. z. B. Dig. lib. II tit. 5—8 u. Gaj. IV, 192 über die act. furti prohibiti: actio quadrupli ex praetoris edicto . . lex autem eo nomine nullam poenam constituit.

27a) So z. B. bei der in jus vocatio (Worte der XII Tafeln bei Gell. XX, 1: ni it, antestator) „die antestatio dient zum Beweis, daß er rechtmäßig, nicht injuria Gewalt gebraucht" von Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 106; so beim Diebe (Worte der XII Tafeln bei Cic. pro Tullio §. 48 „endoplorato" d. i., wie Cicero hinzufügt: conclamato ut aliqui audiant et conveniant). Aehnliche Bestimmungen in den altnordischen und germanischen Rechten.

2) die Selbsthülfe im engern Sinn, und zwar
   a) die Sicherung ihres Erfolges durch das Zeugengeschäft (§. 11[b]) und
   b) die Formen und den Umfang ihrer Anwendung im ältern Recht (§. 11[c]),

worauf wir sodann in §. 12 zu dem Fall der Zweifelhaftigkeit des Anspruchs und der durch ihn gegebenen Nothwendigkeit richterlicher Entscheidung übergehen werden.

Die obige Anordnung bedarf noch einer Bemerkung. Brächten wir den Unterschied zwischen Rache und Selbsthülfe nicht bereits mit, schwerlich würde er uns am ältern Recht zum Bewußtsein kommen, ja selbst im Besitz desselben stoßen wir bei dem Versuch ihn durchzuführen auf große Schwierigkeiten. Ist es Selbsthülfe oder Rache, wenn die Gläubiger den insolventen Schuldner zerfleischen? Nach unserer heutigen Auffassung würde das Verhältniß des Gläubigers zum Schuldner zwar Gelegenheit zur Selbsthülfe, nicht aber zur Rache bieten, denn letztere knüpft sich für unsere Vorstellung ausschließlich an den Begriff des Delicts, es ist doch aber kein Delict, wenn der Schuldner sich ohne seine Verschuldung außer Stand sieht den Gläubiger zu befriedigen. Und doch wird Niemand Bedenken tragen jenes Verfahren der Gläubiger gegen den Schuldner als einen Akt grausamster Rache zu bezeichnen.

Dieselbe Erfahrung, die wir an diesem Beispiel machen, daß unsere mitgebrachten Begriffe zum ältern Recht nicht stimmen, wiederholt sich an einem andern auch rücksichtlich der Selbstvertheidigung. Das ältere Recht verstattet dem Eigenthümer den nächtlichen Dieb ohne Weiteres niederzustoßen, selbst wenn er unbewaffnet ist und sich nicht zur Wehr setzt. Ist dies bloße Selbstvertheidigung? Sicherlich nicht! es ist abermals ein Akt blutiger Rache.[27b])

27b) Der Umstand, daß man die im Folgenden entwickelte Eigenthümlichkeit des ältern Rechts übersah, hat Manche zu dem Versuch veranlaßt

Folgen wir dem Fingerzeig, den diese beiden Fälle uns geben, so führt uns dies auf einen für die Erkenntniß des Rechts höchst ergiebigen Weg. Der Geist des ältern Rechts ist der Geist der Rache, der Genugthuung für jegliches widerfahrene Unrecht. Nicht bloß für das absichtliche, für das verschuldete, sondern auch für das unabsichtliche, unverschuldete Unrecht. Das rohe Rechtsgefühl erblickt in jeder Bestreitung oder Vorenthaltung des Rechts eine persönliche Verletzung, ein Delict und verlangt dem entsprechend nicht bloß die einfache Anerkennung oder Wiederherstellung des Rechts, sondern außerdem noch persönliche Genugthuung, Bestrafung des Gegners. Strafe knüpft sich im ältern Recht an alle Rechtsverletzungen, einerlei ob sie bloß objective sind d. h. solche, bei denen den Gegner subjectiv gar kein Vorwurf trifft, das Bewußtsein und die Absicht einer Verletzung des fremden Rechts völlig fehlt, wie z. B. beim gutgläubigen Besitzer der fremden Sache, der im Vindicationsprozeß unterliegt, oder ob sie zugleich ein subjectives Unrecht in sich schließen. Gestraft wird der Schuldner, der nicht zahlen kann, gestraft der Vindex, der bei der legis actio per manus injectionem an Stelle des Schuldners den Anspruch bestreitet, bestraft durch Verlust des sacramentum, wer im Sacramentsprozeß unterliegt, und selbst im Formularprozeß noch dauert in vielen Einrichtungen (z. B. der sponsio poenalis u. a.) die Strafe für das bloße Unterliegen im Prozeß fort. Den fur nec manifestus[1], der wissentlich einen Angriff auf fremdes Eigen macht, trifft die Strafe des Doppelten; dieselbe auch den Besitzer, der im Vindicationsprozeß unterliegt und während der Zeit die Früchte der Sache sich angeeignet hat, gleich als hätte er dieselben gestohlen, und den Verkäufer einer dem Käufer evincirten Sache, gleich als hätte er ihn diebischer Weise um den Kaufpreis bringen wollen.

Daß die Strafe in allen diesen Fällen zugleich die Function

---

diesen Fall in gewaltsamer Weise unter den Begriff der Selbstvertheidigung zu bringen.

des Schadensersatzes ausübt, ist unbestreitbar (II. 117 [110]) allein eben so zweifellos, daß sie zugleich die Bestimmung der Strafe hat. Beide Zwecke sind eben so wenig von einander geschieden wie die verschiedenen Arten des Unrechts, sowie die Rache und die Selbsthülfe, und gerade diese Ununterschiedenheit charakterisirt die Entwicklungsstufe des älteren Rechts. Es ist jene ursprüngliche Einseitigkeit des Rechtsgefühls, die sich bei Individuen und Völkern in gleicher Weise wiederholt, bei der das Rechtsgefühl noch zusammen fällt mit dem Gefühl des eignen Rechts, und das Unrecht nur seiner Wirkung nach empfunden, nicht seiner Ursache nach gewürdigt wird. Ob der Schlag mit Absicht oder aus Versehen oder ohne alle Verschuldung geführt wird, was kümmert es den Betroffenen? Er fühlt den Schmerz, und der Schmerz treibt ihn zur Rache. Erst wenn diese Stufe des noch im Affect des Schmerzes befangenen Rechtsgefühls überwunden ist, gewinnt dasselbe den richtigen Maßstab für die Würdigung des Unrechts. Dieser Maßstab ist der Begriff der Verschuldung. Nach dem Maße, wie das Recht das Moment der Schuld in den einzelnen Rechtsverhältnissen zu der ihm gebührenden Geltung bringt, bestimmt sich die Culturstufe desselben. Wer mit dieser Rücksicht die Geschichte des Rechts verfolgen will, wird finden, daß der Fortschritt desselben im Wesentlichen in einer fort und fort vervollkommneten und verfeinerten Anwendung des Maßstabes der Verschuldung besteht. Denn das ist ja das höchste Ziel der Gerechtigkeit, wie in der einen Wagschale das Verdienst, so in der andern die Schuld richtig abzuwägen, das Gleichgewicht herzustellen zwischen dem Verdienst und der Schuld auf der einen und dem Lohn und der Strafe auf der andern Seite.[28])

Messen wir mit diesem Maßstab das ältere Recht, so ist die Stufe, die wir ihm zuweisen müssen, eine niedere. Der Gegensatz der verschiedenen Arten des Unrechts oder was dasselbe

---

28) Die Ausführung dieses Gedankens in besonderer Anwendung auf die Verhältnisse des Privatrechts wird an einem andern Ort erfolgen.

sagt: das Moment der Schuld ist hier noch nicht zur Geltung gekommen. Der Maßstab, nach dem das alte Recht das Unrecht abmißt, ist lediglich der der Verletzung und der dadurch hervorgerufenen Irritation des Berechtigten. Den erst späterhin entdeckten Dieb entläßt es mit der Strafe des Doppelten, dem auf der That ertappten entzieht es die Freiheit und, wenn es Nacht ist, den Anspruch auf Schonung seines Lebens. Warum diese Verschiedenheit bei im übrigen völlig gleicher Verschuldung? Weil der Eine dem Jähzorn, dem ganzen Ungestüm des ersten Affects begegnet, dem Andern aber nicht bloß der beruhigende Einfluß der Zeit, sondern auch die Freude des Eigenthümers eine bereits mehr oder weniger verloren gegebene Sache wieder gefunden zu haben zu gute kommt. Die schreiende Ungerechtigkeit in der Bestrafung des insolventen Schuldners und des fur nec manifestus ist schon oben hervorgehoben worden. Woher rührt sie? Daher, daß der Eigenthümer bei jenem das Seinige einbüßt, bei diesem es mit Vortheil zurückerhält. Kurz, es ist ausschließlich die Stimme des Verletzten, die dem alten Rechte seine Bestimmungen dictirt hat, es ist die Gerechtigkeit vom einseitigen Standpunkte des Gekränkten aus.

Es wird jetzt begreiflich werden, daß die obige unserer heutigen Wissenschaft entlehnte Unterscheidung zwischen Selbsthülfe und Rache für das ältere Recht nicht völlig zutrifft. Wo die Begriffe des rein objectiven Unrechts (des „unbefangenen" in der Sprache Hegels) und des subjectiven noch nicht praktisch unterschieden sind, die Aufhebung des Unrechts stets mit einer Strafe verbunden ist, da wird auch eine strenge Scheidung der Selbsthülfe, der Rache und selbst der Selbstvertheidigung nicht zu erwarten sein. Alle drei fallen zusammen unter den gemeinsamen Begriff der gewaltsamen Reaction gegen zugefügtes Unrecht, unter den Begriff der vindicta; das Mehr oder Minder dieser Reaction, ob sie sich beschränkt auf einfache Abwehr oder Wiedererlangung des Entzogenen oder ob sie diese Gränzen überschreitet und noch ein Weiteres erreicht, kömmt dabei nicht in Betracht. Der Allgemeinheit

und Unbestimmtheit, in der das alte Recht den Ausdruck „injuria" gebraucht,[28a] entspricht die des Ausdrucks „vindicta;"[28b] die lateinische Sprache — und dies ist höchst charakteristisch — hat für die verschiedenen Zwecke und Richtungen der „vis" und „vindicta" selbst noch in späterer Zeit keine besonderen Ausdrücke, die Juristen waren genöthigt die Begriffe zu umschreiben.

Dies vorausgeschickt, wird die obige Anordnung bei der wir im Interesse der Darstellung die beiden genannten Richtungen der vindicta als Rache und Selbsthülfe von einander scheiden, gegen die Gefahr falsche Vorstellungen zu erregen gesichert sein.

2. Die Rache und die Entstehung der Privatstrafe.

XIa. Von den Arten der Selbsthülfe im weiteren Sinne ist die Rache diejenige, welche historisch am frühsten abstirbt. Die Selbsthülfe im engern Sinne trägt ihr Maß und Ziel in sich selbst, sie bezweckt nur die einfache Verwirklichung des Rechts und, normirt nach ihren Voraussetzungen und Formen, vermag sie sich, wie die Geschichte des altrömischen und anderer Rechte lehrt, noch lange mit dem Bestehen einer geordneten Rechtspflege zu vertragen. Aber die Rache ist maßlos; ihr Maß ist das rein zufällige und willkührliche der subjectiven Erregtheit des Verletzten, und

---

28a) Injuria: a. im objectiven Sinn bei der Vindication „quando tu injuria vindicavisti, Gaj. IV 16; b. im subjectiven Sinn in den Worten der XII Tafeln über die Injurienklage: si injuriam faxit actori.

28b) Cicero de inv. rhet. c 53: vindicatio defendendo aut ulciscendo. Vindicta, vindicare, vindicatio kömmt be im Vindicationsprozeß wie vindex bei der legis actio per manus injectionem im Sinn der Selbsthülfe und Selbstvertheidigung vor. Die Bedeutung dieser Ausdrücke im Sinn von Rache, Strafe ist bekannt. Dieselbe Ununterschiedenheit der Begriffe Rache und Selbsthülfe wiederholt sich im germanischen Recht, Seeger a. a. O. S. 177 fl.

anstatt die Macht des Unrechts zu brechen, steigert sie dasselbe nur, indem sie zu dem bereits vorhandenen neues hinzufügt. Begreiflich, daß sie am frühesten an dem Gesetz der Ordnung erliegt.

So sind es denn nur einzelne Spuren, in denen sie sich im altrömischen Rechte erhalten hat, während das System der Selbsthülfe noch in historischer Zeit in vollster Blüthe steht. Es möchten etwa folgende sein.[29])

Wenn der Ehemann, der den Ehebrecher auf der That ertappt, ihn im gerechten Zorn tödtet, so sichert noch das spätere Recht ihm Straflosigkeit zu. Hinsichtlich des Diebes, der bei Nachtzeit stiehlt, erlauben die XII Tafeln dasselbe, bei Tage aber, wenn er sich zur Wehr setzt; unter allen Umständen fällt der ertappte Dieb (fur manifestus) durch Addiction von Seiten der Obrigkeit dem Bestohlenen zu.[30]) Bei gewissen körperlichen Verletzungen (membrum ruptum) spricht das Gesetz die Strafe der Talion aus.

In allen diesen drei Fällen war das Unrecht des Delinquenten klar, und das Gesetz drückte nur dem, was der Verletzte unter dem Einfluß der erlittenen Kränkung sei es sofort bei der That oder nachher zu thun pflegte, den Stempel des Rechtlichen auf.[30a]) Eine von der Sitte, wie es scheint, besonders begünstigte Form der Rache mag die gewesen sein, daß der Verletzte sich der Person seines Gegners bemächtigte und ihn nicht eher wieder entließ, bis derselbe sich losgekauft hatte. Ich folgere dies daraus, daß das spätere Recht in manchen Fällen die Befugniß dazu ausdrücklich anerkannte z. B. in dem oben erwähnten Fall des furtum manifestum, ferner bei dem zahlungsunfähigen Schuldner und bei allen

---

29) Die Literatur ist sorgfältig zusammengestellt von Rein Kriminalrecht der Römer. S. 36 u. fl.

30) Es war zweifelhaft, ob als Sklav oder adjudicatus Gaj. III. §. 189.

30a) Gegen die Meinung Mancher, welche in der verstatteten Tödtung des Diebes nur einen Anwendungsfall der Nothwehr erblicken wollen (z. B. E. Platner Quaest. de jure crim. Rom. p. 69 flg.) s. Seeger a. a. O. S. 218—247.

Delicten, die von Sklaven oder von Hauskindern begangen waren. Wenn der Herr oder Vater es nicht vorzog den durch diese Personen angestifteten Schaden zu ersetzen, so mußte er sie noxae dare, d. h. dem Beschädigten überliefern, damit letzterer selbst sich an ihnen Genugthuung verschaffen oder durch ihre Dienstleistungen sich schadlos halten konnte. Es ist die Vermuthung ausgesprochen,[31]) und ich trete ihr bei, daß „die Noxalklagen ursprünglich die absolute Forderung auf Auslieferung der Schaden bringenden Person zum Zweck der Ausübung der Privatrache enthalten haben." Auch im völkerrechtlichen Verkehr finden wir ein gleiches Recht auf Auslieferung anerkannt. Derjenige Römer, welcher nach völkerrechtlichen Begriffen sich an einem fremden Volk vergangen hatte, wurde der Rache desselben überantwortet, so z. B. derjenige, welcher sich an den Gesandten desselben vergriffen, so der Feldherr, welcher eine sponsio mit dem Feinde geschlossen, die vom römischen Volk oder Senat verworfen war.[32]) Die Auslieferung erfolgte, „ut populus religione solvatur", damit das Volk selbst sich außer Schuld setze, und in Ausdrücken, die auch bei jener privatrechtlichen noxae deditio vorkommen (quandoque..... noxam nocuerunt.... ob eam rem hosce homines vobis dedo).[33]) In jenem ersten Fall liegt eine völkerrechtliche obligatio ex delicto vor, im zweiten eine obligatio ex contractu (aus der sponsio), deren Nichterfüllung auch im privatrechtlichen Verkehr Schuldhaft und demnächstige Sklaverei des Schuldners zur Folge hatte. Der bei der Auslieferung angeführte Grund: ut populus religione solvatur und die Natur der Sache selbst führt uns dazu für den Privatverkehr denselben Grundsatz anzunehmen, daß nämlich derjenige, welcher den Verbrecher oder Schuldner der berechtigten Selbsthülfe des Verletzten

---

31) Dirksen, civil. Abh. B. 1 S. 104.

32) Mauritius Müller-Jochmus, Geschichte des Völkerrechts im Alterthum §. 71 und §. 82.

33) Livius IX. c. 10.

oder Gläubigers zu entziehen sucht, sich an dem Unrecht desselben betheiligt, gleiche Schuld auf sich ladet.[34]) Eine Nachwirkung dieses Grundsatzes finde ich noch in der Verpflichtung, die der vindex im römischen Prozeß übernehmen mußte. Wer als vindex[35]) libertatis auftritt d. h. einen andern, der nach seiner Angabe unrechtmäßiger Weise in Sklaverei gehalten wird, durch Klage gegen den Innehaber daraus befreien will, muß ein Succumbenzgeld (sacramentum) deponiren, und wer in gleicher Qualität sich des zur Schuldhaft gezogenen Schuldners annehmen will, tritt damit in dessen Verbindlichkeit ein, so daß er im Fall des Unterliegens als Strafe dafür, daß er die Rechtmäßigkeit der Selbsthülfe des Gläubigers bestritten, den Schuldbetrag entrichten muß[36]) ohne den Schuldner selbst dadurch von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Setzte sich noch im System der öffentlichen Rechtspflege der vindex wegen unbegründeten Einspruches gegen eine rechtmäßige Selbsthülfe einer solchen Strafe aus, so wird um so eher in den Zeiten der Selbsthülfe der Satz gegolten haben, daß jeder, welcher der Rache des Verletzten gegen seinen Gegner entgegentrat, sich zum Complicen desselben machte. Wenn Jemand wegen öffentlichen Verbrechens ins Exil getrie-

---

34) Später werden eigene Klagen gegen ihn gegeben. S. z. B. die Titel: Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat (2. 7) namentlich l. 5 §. 1 und l. 6 (is, qui debitorem vi exemit, si solverit, reum non liberat, quia poenam suam solvit) und Tit. De eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat (2. 10).

35) Fest. vindex, qui vindicat, quominus is, qui prensus est, ab aliquo teneatur.

36) Dies erhielt sich noch, als statt des vindex der Beklagte selbst den Prozeß übernehmen durfte. Da er gewissermaßen als sein eigener vindex auftrat, so mußte er selbst, wenn er unterlag, das Duplum zahlen. Ebenso konnte er das irrthümlich gezahlte simplum nicht zurückfordern. Wäre das statthaft gewesen, so hätte jeder sich der manus injectio dadurch entziehen können, daß er bezahlte und hinterher, ohne einen vindex nöthig zu haben und die Strafe des Duplum zu fürchten, die Zahlung anfocht, während vor der Zahlung die Bestreitung der Forderung nur durch den vindex und mit dem periculum dupli möglich war.

ben ward, wurde es ausdrücklich Allen verboten, ihm irgend welche Unterstützung angedeihen zu lassen; hinsichtlich dessen, der gerechter Selbsthülfe verfallen war, verstand es sich von selbst.

Die Rache des Verletzten also hatte freies Spiel, ob sie aber bei jedem geringfügigen Delict bis zum Aeußersten vorschreiten durfte, oder ob ihr je nach Verschiedenheit der Fälle durch die Sitte engere und weitere Schranken vorgezeichnet waren, läßt sich nicht bestimmen. Bei körperlichen Verletzungen erlauben die XII Tafeln die Talion, den Schuldner und Dieb trifft Freiheitsberaubung, im Fall eines Concurses darf ersterer sogar von seinem Gläubiger in Stücken geschnitten werden.[37]) Statt der wirklichen Ausübung der Rache aber mochte eben so häufig ein Abkaufen derselben vorkommen; die Privatstrafe (poena)[38]) der späteren Zeit ist nichts als eine Fixirung dieses Lösegeldes.[39]) Wo das Vermögen in der Schätzung des Volks so hoch steht, daß Verletzung desselben für den Dieb Verlust der Freiheit und für den Bankerutirer Verlust des Lebens nach sich zieht, wo man, möchte ich sagen, vom Gelde ausgehend bis zur schwersten Strafe gelangen

---

37) Das in partes secare der XII Tafeln auf künstliche Weise aus dem Wege räumen zu wollen, beweist eine völlige Unfähigkeit sich in den Geist des alten Rechts hineinzudenken.

38) Es ist bereits von Andern z. B. Rein Das Kriminalrecht der Römer S. 284 und Rubino, Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte B. 1 S. 460 hervorgehoben, daß poena wie das griechische ποινή ursprünglich die Bedeutung von Sühngeld hat, daher Ausdrücke wie poenas dare, solvere, pendere, petere, exigere, sumere, capere, die sämmtlich nicht auf die Vorstellung von „Strafeleiden," sondern von Zahlen einer Abfindungssumme hinweisen.

39) Zu dieser Ansicht sind auch Andere gekommen z. B. Köstlin Die Lehre vom Mord und Todtschlag. S. 29 u. flg., bei dem sich auch die sämmtlichen uns erhaltenen Fälle der Privatstrafen des älteren Rechts zusammengestellt finden. Zu der reichen Literatur über die Entstehung des Sühnegeldes (der Composition) aus der Privatrache bei Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts B. 1. Tübingen 1861 S. 2 ist noch hinzuzufügen Nic. von Tornauw, Das moslemische Recht S. 239.

kann, da mag man auch rückwärts wieder von der verwirkten Strafe zum Gelde kommen. Für eine beträchtliche Abfindungssumme verzichtete der Verletzte wohl auf die Ausübung der Talion, und seinem Rachegefühl mochte nicht weniger ein Genüge geschehen, wenn sein Gegner ihm das Beste, was er hatte, abtreten mußte, als wenn er ihm einige schwere Wunden beigebracht hatte. In unserer heutigen Zeit, so erwerbsüchtig und geldgierig sie sein mag, ist doch die Beziehung des Eigenthums zur Persönlichkeit eine unendlich losere, als sie es auf den niederen Culturstufen zu sein pflegt.[40] Der Werth, den ein Individuum und eine ganze Zeit auf das Vermögen zu legen gewohnt ist, bestimmt sich erfahrungsmäßig nach der Mühseligkeit des Erwerbes. Was mit Einsatz von Leib und Leben oder im Schweiß des Angesichts erworben ist, erscheint der Person als ein Stück von ihr selber; wer es verletzt, büßt, wenn er es nicht ersetzen kann, mit seinem Leibe. Vom Standpunkt jener Auffassungsweise aus ist es eben so wenig überraschend, daß die Satisfaction für eine vermögensrechtliche Verletzung sich gegen die Person, als die für eine persönliche Verletzung sich gegen das Vermögen des Gegners kehrt. An Stelle des Geldes die Gliedmaßen (in partes secare), an Stelle der Gliedmaßen das Geld!

Wer das Geld oder Lösegeld nicht selber aufbringen konnte, dem blieb noch die Hoffnung auf Hülfe der Verwandten und Freunde, und diese Hoffnung mochte, wenn er sich dieser Hülfe nicht durch Leichtsinn unwürdig gemacht hatte, selten trügen, wenigstens war sie vom Gesetz selber bei dem Verfahren gegen insolvente Schuldner mit in Anschlag gebracht, es basirte darauf eine eigenthümliche Einrichtung des ältesten Prozesses. Die XII Tafeln schrieben vor, daß der von seinem Gläubiger bereits zur Haft gebrachte Schuldner an drei Markttagen öffentlich ausge-

---

40) Im zweiten System werden wir diese Anschauungsweise mit ihrer tiefeingreifenden Einwirkung auf das Recht zu schildern versuchen.

stellt werden solle, um zu versuchen, ob nicht irgend Jemand ihn einlösen werde, und aus dem vierten Jahrhundert weiß die Geschichte von M. Manlius zu berichten, daß er an vierhundert Schuldner auf diese Weise aus den Händen ihrer Gläubiger errettete.[41]) Spannte der Verletzte seine Forderungen nicht zu hoch, so zahlte der Vater lieber, als daß er sich zur noxae deditio seiner Kinder entschloß, und wo der Thäter selber Vermögen besaß, opferte er lieber einen Theil desselben, als daß er sich der Rache des Gegners Preis gab. Reichten seine Mittel nicht aus, und hatte er sich des Beistandes seiner Verwandten nicht unwürdig gemacht, so mochten letztere das Fehlende ihm vorstrecken. Lebte der, gegen den er sich vergangen, nicht mehr, so traten die Verwandten als Rächer an dessen Stelle;[42]) ob auch sie die Rache, die sie dem Verstorbenen schuldig waren, sich abkaufen lassen durften, ob dies den Thäter gegen die vindicta publica von der wir später sprechen werden, gesichert haben würde, lassen wir dahin gestellt.

Die Höhe der Abfindungssumme bestimmte sich begreiflicherweise nach Verschiedenheit der Fälle sehr verschieden. Die Vermögensumstände der beiden Partheien, ihre Stellung und ihr bisheriges Verhältniß zu einander, das Maß der Rachsucht auf der einen, das des Trotzes auf der andern Seite, Fürsprache von befreundeten Personen u. s. w. übten hier einen bestimmenden Einfluß aus. Es stand zwar bei dem Verletzten seine Forderungen ins maßlose zu spannen, ähnlich wie dies im römischen Prozeß derjenige kann, der durch ein juramentum in litem die litis aestimatio bestimmen soll, allein sein eigenes Interesse veranlaßte ihn seinem Gegner die Auslösung nicht unmöglich zu machen.[43])

---

41) Liv. VI, 20.

42) Als Ausfluß des Familienprincips gehört dies in §. 14.

43) Man nehme z. B. an, daß er dem ihm zugesprochenen Schuldner das doppelte von dem abforderte, was letzterer als Sklav werth war, und was er also bei dem vorgeschriebenen Verkauf trans Tiberim aus ihm lösen konnte.

Auch die öffentliche Meinung und die Sitte war hier gewiß nicht ohne Einfluß. Hatte letztere, wie anzunehmen ist, wenigstens einige allgemeinere Anhaltspunkte für die Bestimmung der Abfindungssumme aufgebracht, z. B. nach Verschiedenheit der Delicte das Vierfache, Doppelte des Schadens oder eine bestimmte Anzahl Rinder und Schaafe u. s. w., so mochte ein Einzelner, um die öffentliche Meinung nicht gegen sich zu erbittern, es nicht wagen, sich bei seiner Forderung gar zu weit von diesen Anhaltspunkten zu entfernen. Wir haben uns hier einen Handel zu denken, bei dem von der einen Seite vorgeschlagen, von der andern so lange accordirt ward, bis man endlich handelseinig geworden war.[43a]) Der Ausdruck dafür war pacere,[44]) pacisci, depecisci und für die Einigung selbst pactum. Die ursprüngliche Bedeutung von pactum ist also nicht die eines Vertrages überhaupt, sondern die von pax, Frieden, nämlich Beilegung der Feindseligkeiten; der „Vertrag" macht der „Unverträglichkeit" ein Ende.[45])

War letzterer alt und schwach, so brachte jener Verkauf wenig auf. Eine weise Bestimmung der XII Tafeln war die, daß sie die Frist, innerhalb deren der Gläubiger den Schuldner bei sich behalten durfte, fest bestimmten und zwar sehr eng zumaßen (60 Tage). Dem Gläubiger war damit das Mittel entzogen den Schuldner durch fortgesetzte Quälereien mürbe zu machen, und andererseits mußte auch der Schuldner selbst innerhalb dieser 60 Tage seinen Entschluß fassen. Eine billige Auslösungssumme brachte letzterer innerhalb dieser Zeit vielleicht zusammen; wies der Gläubiger sie bis zu Ablauf der Frist von sich, so mußte er jenen Verkauf vornehmen, der ihm vielleicht viel weniger einbrachte.

43a) Hier setzt im altnordischen Recht das Amt des von beiden Partheien gewählten Vermittler an, der den Betrag der Abfindungssumme bestimmt (der arbiter im ursprünglichen römischen Sinn), Wilda, Strafrecht der Germanen S. 20.

44) Sanskr. Wurzel pac (binden), daher Sanskr. paca Strick. Pott a. a. O. B. 1 S. 267.

45) „Pactum" und „Vertrag" weisen also ursprünglich auf dieselbe Idee hin, nämlich auf die des „sich vertragens", „pacem condere." Diesen ursprünglichen Begriff von pactum, der also ein bereits bestehendes Rechtsverhältniß voraussetzt und ein Ablassen von einem der Strenge

Die Ausübung der Privatrache mochte also im beiderseitigen Interesse in der Regel mit dem Abkaufen derselben enden, und für die Bestimmung der Abfindungssumme im einzelnen Fall konnte es nicht an einer Menge von Präcedentien fehlen, die den Partheien als Anhaltspunkte dienten. Bei manchen Delicten finden wir anfänglich diese Vereinbarung noch völlig den Partheien überlassen, späterhin nimmt die Obrigkeit die Sache in die Hand, und anstatt, wenn es z. B. zur Talion hätte kommen müssen, weil die eine der Partheien zu viel forderte, die andere zu wenig bot, auf Talion zu erkennen, setzte der Richter selber die Abfindungssumme fest. Dies ist die römische Privatstrafe. Die Anhaltspunkte zur Bestimmung derselben fand der Richter, wie eben bemerkt, in der Sitte vor, und ein nahe liegender Schritt zur Vervollkommnung dieses Verfahrens war der im Anschluß an diese Anhaltspunkte ein für alle Male einen Tarif von festen Abfindungssummen aufzustellen, wie dies in so vielen Rechten sich wiederholt. Für einige Delicte finden wir bereits in den XII Tafeln feste Summen vorgeschrieben z. B. für die Injurien und einige Fälle des Diebstahls, für andere hingegen treten dieselben erst später im prätorischen Edict auf z. B. für das furtum manifestum. Endlich mochte man bei einigen Delicten aus guten Gründen auf eine solche gesetzliche Fixirung der Abfindungssumme verzichten, um es nämlich dem Richter möglich zu machen, je nach Verschiedenheit des concreten Falles bald auf eine höhere, bald auf eine geringere Summe zu erkennen. Diese Behandlungsweise scheint man beim membrum ruptum vorgezogen zu haben, in späterer Zeit adoptirte man sie auch bei den Injurien, weil das System der „festen Preise" sich bei ihnen nicht bewährt hatte.

---

nach zuständigen Recht in sich schließt, darf man für das römische Recht nie außer Acht lassen. Hätte man ihn stets im Auge behalten, so würde die falsche Theorie von der nach späterm römischen Recht aus einem pactum entspringenden obligatio naturalis sich schwerlich so sehr eingenistet haben.

Zur Zeit der XII Tafeln war also jenes System der Privatstrafen noch in der Bildung begriffen. Hinsichtlich einiger Delicte wird noch das ehemalige Recht des Verletzten auf Rache ausdrücklich anerkannt, wenn auch vielleicht in seiner Ausübung an die Autorisation der Behörde geknüpft (Talion beim membrum ruptum, Addiction beim furtum manifestum), bei andern ist die fixirte Geldstrafe bereits an die Stelle der Rache getreten. Zwar wird uns hinsichtlich dieser letzteren Fälle nicht ausdrücklich bezeugt, daß hier früher die Privatrache gegolten, allein beim furtum manifestum und membrum ruptum können wir den wirklichen Hergang noch erkennen, und er gewährt uns einen wichtigen Fingerzeig für das ganze System der Privatstrafen überhaupt. Hinsichtlich ihrer nämlich schimmert zwar in den XII Tafeln die Erwartung durch, daß es stets zum pacisci kommen werde,[46]) allein als letztes Mittel lassen sie doch noch die Talion und Addiction bestehen. In der späteren Praxis hingegen ist von der Anwendung dieses äußersten Mittels keine Rede mehr;[46a]) selbst gegen den Willen der Partheien erkennt der Richter auf eine Abfindungssumme. Es machte sich dies, wie Gellius[47]) berichtet, in der Weise, daß der Richter auf Talion erkannte, und wenn der Beklagte, qui depecisci noluerat, judici talionem imperanti non parebat, aestimata lite judex hominem pecuniae damnabat. Dieser Modus, daß der Richter zuerst auf das eigentliche Klagobject erkannte und hinterher abschätzte, ist zwar dem spätern Recht fremd, allein wir wissen aus anderen Zeugnissen, daß er ursprünglich üblich gewesen ist.[48])

---

46) Hinsichtlich der Talion bestimmen sie ausdrücklich: ni cum eo pacit, talio esto, hinsichtlich des furtum wissen wir, ohne gerade die Worte zu kennen, daß die XII Tafeln das pacisci erwähnten, l. 7 §. 14 de pact. (2. 14).

46a) Einen ähnlichen Entwicklungsgang von der Talion zum Schadensersatz im deutschen Recht s. bei Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 37.

47) Gellius XX. 1.

48) Gaj. IV §. 48 „non ipsam rem condemnat, sicut olim fieri

Die Privatstrafen des römischen Rechts erscheinen also dem bisherigen nach als die gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich fixirten Preise, für welche die ursprünglich statthaft gewesene Privatrache abgekauft werden konnte und mußte. Es erklärt sich aus diesem Gesichtspunkte, warum die Delictsklagen des spätern Rechts, wie z. B. die actio legis Aquiliae wegen Beschädigung oder Vernichtung von Sachen, selbst soweit sie reinen Schadensersatz zum Gegenstand haben, nicht gegen die Erben des Thäters gerichtet werden können. Daß Leistung des Schadensersatzes als Strafe aufgefaßt wird, hat für uns etwas Befremdendes, und unser heutiges Recht hat in dieser Beziehung sich vom römischen entfernt.[48a]) Diese Sonderbarkeit erklärt sich aber ganz befriedigend aus der bisher dargestellten Ansicht. Beschädigung fremder Sachen ist ein Delict, das die Privatrache des Eigenthümers hervorruft. Mit dem Tode des Thäters aber fällt die Rache hinweg, denn sein Erbe übernimmt zwar das Vermögen und damit die Schulden desselben, nicht aber dessen Feindschaften und Fehden. Da nun die Strafe gezahlt wird, um sich der Fehde zu entziehen, so hat nur der Thäter sie zu entrichten, nicht der Erbe. Als natürliche Folge des Delicts gilt nicht der Anspruch auf Schadensersatz, sondern die Privatrache, letztere geht aber über den bloßen Schadensersatz hinaus, denn es ist neben der Sache zugleich die Persönlichkeit des Eigenthümers gekränkt, und wenn letzterer sich eine poena oder Abfindungssumme zahlen läßt, so hat dieselbe die Bestimmung ein Surrogat der Rache zu sein, der Rachlust ihre Befriedigung zu gewähren.[48b]) Ueber dieser persönlichen Richtung

---

solebat." Der Gesichtspunkt des pacisci war durch den richterlichen Zwang nicht ausgeschlossen, es gibt auch eine gezwungene Vereinbarung l. 6 §. 3 de his qui not. (3. 2) qui jussu praetoris pretio dato pactus est.

48a) Derselbe Entwicklungsgang im englischen Recht. Rüttimann, Der englische Civilproceß. S. 25.

48b) Daher auch die Beschränkung der Pönalklagen auf eine kurze Zeit, „langes Zögern ist mit dem Rache nehmen als Bethätigung persönlichen

des Delicts ist die sächliche im römischen Recht gar nicht zu besonderer Anerkennung gelangt.[49])

3. Das Zeugengeschäft.

Interesse der Zeugen für den Erfolg der Selbsthülfe — Hypothese über die ursprüngliche Bestimmung der Zeugen (testis = Beistand) — das testamentum in comitiis calatis.

XI[b]. Die für den Erfolg der Selbsthülfe so entscheidende Voraussetzung der Zweifellosigkeit des Anspruchs ließ sich für alle Ansprüche, welche durch Rechtsgeschäfte begründet werden, einfach dadurch erreichen, daß man zu letzterem eine hinreichende Zahl von Zeugen zuzog. Die solenne Form dafür war die der mancipatio, wie das Geschäft hieß, wenn es die Gewährung von Eigenthum oder sonstigen absoluten Rechten, oder nexum, wenn es die Begründung von strengen Schuldforderungen, den Wechselforderungen des älteren Rechts zum Gegenstand hatte. Dort war

---

Rechtsbewußtseins nicht zu vereinigen — letzteres muß gleichsam auf frischer That Statt finden" (Demelius Untersuchungen aus dem röm. Civilrecht I S. 23). Dem entsprechende Bestimmungen nordischer Rechte bei Wilda a. a. O. S. 165.

49) Daß der Erbe des Thäters das, was durch das Delict ins Vermögen seines Erblassers und so durch Erbgang auf ihn gekommen ist, restituiren muß, enthält nur einen Ausfluß des Condictionenprincips. Daß aber, wie im Text behauptet ist, das römische Recht über den Gesichtspunkt des Delicts und der darin liegenden Anforderung einer persönlichen gemüthlichen Genugthuung den Gesichtspunkt des Schadensersatzes, d. i. der rein vermögensrechtlichen, sachlichen Genugthuung hintangesetzt hat, ist unläugbar, und man sollte sich bewußt sein, daß hierin eine Grundverschiedenheit altrömischer und heutiger Auffassung und ein bedeutender Fortschritt der letzteren vorliegt. Die Anknüpfung dieser Eigenthümlichkeit an das System der Privatrache ist hier nur im Vorübergehen versucht und erklärt dieselbe nur von einer Seite; von einer andern Seite wird dies im zweiten System bei Gelegenheit einer Untersuchung über den obligatorischen Grund der römischen Obligationen geschehen.

das Geschäft eingekleidet in die Form eines Scheinverkaufs (das Weitere s. II. 2 S. 564 fl.) hier in die eines Scheindarlehns. In beiden Fällen erfolgte nämlich eine Scheinzahlung in der ursprünglichen Form des Zuwägens durch den libripens; in beiden Fällen hatten fünf Zeugen zu assistiren. Die uns erhaltene Form dieses Geschäftes ist offenbar eine spätere, denn der libripens weist auf die Zeit hin, als bereits das Metall allgemeines Tauschmittel geworden war,[50]) sowie höchst wahrscheinlich die fünf Zeugen dieses Aktes erst in Folge der Servianischen Verfassung aufgekommen sind,[50a]) als Vertreter der fünf Censusklassen. Worin nun aber auch die älteste Form der mancipatio bestanden haben möge, das Zeugengeschäft selbst gehört bereits dem System der Selbsthülfe an, die Function der Zeugen ist hier auf dieser Bildungsstufe des Rechts ungleich wesentlicher und unentbehrlicher als auf den spätern Bildungsstufen.

Wenn nämlich der Berechtigte wegen eines vor Zeugen erworbenen Rechtes zur Selbsthülfe schreiten mußte, so waren es die Zeugen, die er zuerst um ihre moralisch thätige Mitwirkung anging, und letztere erschienen verpflichtet dieselbe zu gewähren. Für das spätere Recht, in dem die Thätigkeit des Zeugen auf ein Aussagen zusammengeschrumpft ist, bestimmen die XII Tafeln: qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimo-

---

50) Einen andern Grund s. II S. 569. — Die allgemeine Benutzung des Metalls als Tauschmittel ist jünger als der unmittelbare Tauschverkehr, pecu-nia ist etymologisch und sachlich eine Fortbildung von pecus, dem ursprünglichsten beweglichen Werthobject. In Vieh wurde gebrücht, daher peculatus = Diebstahl an dem öffentlichen Vieh. Neben Vieh kömmt auch das Getreide vor, stips, daher stipendium (stipem dare) Sold. Das aes mit seinen Ableitungen aerarium, aestimare (auf Erz zurückführen d. i. schätzen) sowie das aes militare (der Getreidesold auf Geld reducirt), equestre, hordearium gehört erst einer relativ spätern Zeit an; Naturallieferungen sind überall das frühste und der Tausch älter, als der Kauf.

50a) Fünf Zeugen kommen übrigens auch anderwärts vor z. B. bei der Aussetzung des ungestalteten Kindes, Dionysius II 15.

nium fariatur, improbus intestabilis esto;[51]) im System der Selbsthülfe wird derjenige Zeuge für improbus und intestabilis gegolten haben, welcher jene thätliche Mitwirkung bei Ausführung des Geschäftes versagte. Daß diese Art der Mitwirkung eventuell vom Zeugen erwartet und verlangt wurde, soll jetzt näher erwiesen werden; es möge aber hier an die obige Bemerkung erinnert werden, daß es gewiß in den wenigsten Fällen zu wirklichen Thätlichkeiten kam, indem das moralische und physische Gewicht, das der Beistand der Zeugen dem Anspruche des Berechtigten gewährte, nutzlose Versuche des Widerstandes im Keim unterdrückte.

Unser Beweissatz ist also der: der zugezogene Zeuge der ältesten Zeit sichert der interessirten Parthei im voraus seinen Beistand zu, oder, wie wir es mit einem Wort ausdrücken können, testis heißt Garant.[52])

In einer Zeit, in der die Parthei selbst ihr Recht realisirt, ist nothwendigerweise die Stellung und Aufgabe des zugezogenen Zeugen eine ganz andere als in einer Zeit, in welcher der Richter jene Realisirung auf sich genommen hat. In diesem letztern Fall oder wo der Zeuge bloß zufällig bei dem zu bezeugenden Akt gegenwärtig, nicht absichtlich zugezogen war, mag er sich

---

51) Gellius XV. c. 13. Der Vorwurf der Intestabilität bezeichnete den äußersten Grad der Treulosigkeit und Ehrlosigkeit, der intestabilis war verkehrstodt. Gell. VII, 18 adeo intestabiles invisosque fuisse, ut taedium vitae ceperint necemque sibi consciverint. Der zufällige Zeuge hat keine Verpflichtung, er kann das Zeugniß ablehnen, aber der zugezogene ist Vertrauensperson „alligatus" (Isidori Orig. V, 23 testes quos quisque sibi alligat, ne cui sit postea liberum aut dissimulare aut subtrahere se, unde et alligati appellantur) und begeht durch Verweigerung des Zeugnisses den schmählichsten Vertrauensbruch.

52) Eine interessante Parallele bietet die Assise des englischen Rechts, bei welcher sich die Zeugen zu Richtern erheben (Gundermann in der Note 26 angeführten Stelle), zum besten Beweis, wie leicht unter Umständen der Schritt von der bloßen Bezeugung des Rechts zur Mitwirkung bei seiner Verwirklichung ist.

auf bloße Aussage dessen, was er gesehn hat, beschränken. Hier kommt es lediglich auf sein Wissen an, und die Bezeichnung desselben im germanischen Recht als eines Wissenden[53]) ist daher ganz zutreffend. Ganz anders da, wo es nicht auf Sagen und Klagen, sondern auf Handeln ankömmt; hier würde der zugezogene Zeuge durch ein bloßes Sagen dem ihm geschenkten Vertrauen nicht entsprechen; die Wahrheit, die er bezeugen soll, ruht ursprünglich in den Fäusten. Wahr ist nach der Etymologie sowohl der lateinischen als der deutschen Sprache dasjenige, was bewährt, gewahrt wird;[54]) Wahrheit also dasjenige, wofür man einsteht. Wenn dies der ursprüngliche Begriff der Wahrheit ist, so hat vor allen der Zeuge die Aufgabe die Wahrheit zu bewähren.[54a]) Es wäre eine Feigheit von ihm der Parthei, die zum Gegner geht, um sich Recht zu verschaffen, nicht zu diesem zu folgen, eine Feigheit sie dort, wenn sie Widerstand findet, im Stich zu lassen. Zu diesem Zweck eben, um das unter seinen Augen begründete Recht mit zu realisiren, hat die Parthei ihn zugezogen; wenn sie überall nur durch Beistand dritter Personen zu ihrem Recht gelangen kann, auf wessen Beistand hat sie einen gerechteren Anspruch, als auf den desjenigen, der wie kein anderer von ihrem Rechte überzeugt ist? Der testis ist

---

53) Althochd. gewizo (Wissender) Kiwizida, giwiznessi, gewizscaf (Zeugniß) angels. gevita, altnord. vitus (Zeugniß). Das gothische veitvôds (Zeuge) soll auch mit vitan (wissen) zusammenhängen. Das Mittelhochdeutsche geziuge, ziuc u. s. w. und das Niederdeutsche getüge leitet Grimm von ziehen ab d. i. der Zugezogene.

54) Wahr und verus stammen beide von der Sanskr. Wurzel wri (bedecken, wahren), wovon z. B. auch Goth. varjan (wehren) Poln. wara, wiera, Litt. wer-tas; und was gewehrt, gewahrt, bewährt ist, ist wahr. S. Pott a. a. O. B. I. S. 223.

54a) Daher lautet die alte Aufforderung an die Zeugen beim testamentum per aes et libram nicht auf fari, sondern auf testimonium perhibere.

etymologisch der „Beistand“.[55]) Auch bei dem Scheinkampf in der reivindicatio gehen von beiden Seiten Gefährten (superstites) mit; wenn dies beim Scheinkampf nöthig schien, so wird es auch bei der wirklichen Selbsthülfe der Fall gewesen sein, und wer hätte hier eher mitgehen müssen, als die Zeugen des Geschäfts, das zu dieser Selbsthülfe Veranlassung gab? Auch bei Beginn des Prozesses erscheinen die beiderseitigen Beistände, und wenn der Streit anhängig gemacht ist, ruft man sie zu Zeugen auf (contestari; daher jener Akt litis contestatio). Warum? Für einen Akt, der vor dem Prätor (in jure) geschah, bedurfte es doch wohl nicht der Privatzeugen, sonst hätte man ja zu jedem andern Akt vor dem Prätor z. B. der confessio in jure, der in jure cessio u. s. w. gleichfalls Zeugen zuziehen und aufrufen müssen, während davon doch nirgends die Rede ist. Jene Zeugen sind die alten Beistände bei der Selbsthülfe, die jetzt mit den Partheien vor den Prätor gehen.

Der Zeuge des ältesten Rechts, der sich noch lange in der mancipatio erhielt und in der Testamentsform des neusten römischen Rechts letztere sogar überlebte, ist Solennitätszeuge d. h. die Zuziehung desselben ist ein formelles Requisit des Geschäftes selbst, der Zeuge nimmt Theil an demselben, ist ein Mithandelnder und muß als solcher zur Theilnahme aufgefordert sein und sich dazu bereit erklärt haben. Wer nur beim Akt gegenwärtig war, ohne zugezogen zu sein, ist nicht Solennitätszeuge, ungeachtet er das glaubwürdigste Zeugniß abzulegen vermag. Dasselbe gilt von Personen weiblichen Geschlechtes; an Glaubwürdigkeit stehen sie nicht zurück, aber was ihnen fehlt, ist jene physische Kraft des Mannes, durch die er nöthigenfalls seine

---

55) An Stelle der in der ersten Aufl. von mir versuchten unhaltbaren Ableitung des testis von tegere adoptire ich die von Lange in der Recension dieses Bandes (Note 6) S. 43 ihr gegenüber gestellte von Bopp, welcher testis als Reduplication von sta erklärt. Hiernach ist testis „der Beistand“ ähnlich wie die „superstites“ im Text Hiermit wird auch antistes zusammenhängen.

Worte bewährt, und wegen dieses Mangels sind sie wie zur Vormundschaft, bei der gleichfalls in ältester Zeit die physische Kraft erforderlich ist, so auch zum Zeugniß ungeeignet. Beim Solennitätszeugniß kommt es nicht auf Glaubwürdigkeit an, darum können die Interessenten ihre eignen Verwandten zuziehen, und auch im neuern Recht noch ist z. B. das Testament gültig, wenn die zugezogenen Zeugen sämmtlich Brüder des eingesetzten Erben sind.[55a]) Alle diese Sätze stimmen nicht mit dem Gesichtspunkt, daß der Werth des Zeugen in seinem Wissen liegt, wohl aber erklären sie sich, wenn man von unserm Gesichtspunkt ausgeht, daß der Zeuge der ältesten Zeit eine Garantie des Geschäfts übernehmen soll.

Eine nicht unwichtige Unterstützung der im bisherigen entwickelten Hypothese gewährt das testamentum in comitiis calatis. Man streitet darüber, ob das Volk bei dieser Art der Testamentserrichtung abgestimmt oder bloß die Function eines Zeugen ausgeübt habe.[55b]) Wenn man sich für diese letztere Ansicht auf die

---

55a) Die Richtigkeit des im Text Gesagten ist in einer neuern Schrift bemängelt worden. Hätte der Tadler den Unterschied zwischen „Verwandten", wovon ich im Text allein rede, und Personen in der patria potestas, beachtet, so würde er sich seine Bemerkung haben sparen können.

55b) Für die erstere Ansicht haben sich neuerdings immer mehr Stimmen vernehmen lassen, insbesondere auch die gewichtige von Th. Mommsen, Röm. Gesch. I. S. 156 (Aufl. 4), der das Testament ganz treffend als Dispensation von der gesetzlichen Erbfolge bezeichnet. Die Gegner derselben scheinen das Gewicht der Gründe, auf welche sie sich stützt, gar nicht gefühlt zu haben, die Gründe, auf die sie sich für ihre eigne Ansicht berufen, sind höchst äußerlich und schwach, und möchten auch bei der jüngsten Vertheidigung dieser Ansicht (Ludw. Lange, Röm. Alterth. Bd. I Aufl. 2) wenig gewonnen haben. Becker, Handb. der röm. Alterth. II. S. 369 verwickelt sich in den Widerspruch, daß er auf der einen Seite das Entscheidungsrecht des Volks verwirft, auf der andern aber meint, „man habe durch die Oeffentlichkeit dem möglichen Einspruch nach dem Tode des Testators vorbeugen wollen, da der Widerspruch in der Versammlung selbst hätte erhoben werden müssen" —! womit er implicite anerkennt, daß das Volk im Fall eines solchen Widerspruchs seine Genehmigung habe versagen können.

Ausdrücke testari, testamentum u. s. w. beruft,[56] indem man dabei voraussetzt, daß ihnen der Begriff des gewöhnlichen Zeugnisses zu Grunde liege, so muß man meines Erachtens das Argument umdrehen und sagen: testis, testari u. s. w. hat in ältester Zeit eine andere Bedeutung gehabt, weil es undenkbar ist, daß das ganze römische Volk bei jener Testamentserrichtung die Rolle eines gewöhnlichen Zeugen gespielt habe. Warum in aller Welt zum bloßen Zweck der Constatirung einer Thatsache das gesammte Volk als Zeugen zuziehen? Man begreift in der That dies praktische Volk nicht, daß es einen Zweck, der sich auf die einfachste Weise durch einige wenige Zeugen erreichen ließ, auf eine für die Testatoren nicht minder wie für das Volk höchst umständliche und lästige Art hätte verfolgen sollen. Diese Comitien wurden nur zwei Mal im Jahr gehalten, andere Zeugen konnte man zuziehen, wenn das Bedürfniß drängte, oder der Zufall den Abschluß eines Geschäfts herbeiführte. Warum eines bloßen Zeugnisses wegen ein halbes Jahr warten?

Nein, das Volk hatte etwas anderes zu bieten, als ein bloßes Zeugniß, und die Thätigkeit desselben bestand nicht im bloßen Hören, sondern erforderte Abstimmung, das Testament ward durch eine lex genehmigt, gleich der so nahe mit ihm verwandten Arrogation, für welche dies ausdrücklich bezeugt ist.[56a] Der Gesichtspunkt, daß das Testament eine lex sei, hat sich noch im spätern Recht in manchen Punkten erhalten. An die Testamentszeugen wird, wie an das Volk bei einem Gesetzvorschlage, eine „rogatio" gerichtet, die Thätigkeit des Testators wird mit „legare"[56b] bezeichnet, seine Anordnungen müssen in imperativi-

---

56) z. B. Dernburg (der Aeltere) Beiträge zur Geschichte der römischen Testamente S. 16 u. fl.

56a) Gell. V, 19 per populi rogationem, wo zugleich das Rogationsformular mitgetheilt ist.

56b) So in dem bekannten Satz der XII uti legassit de pecunia tutelave suae rei, hier bedeutet legare legem ferre. Die Bedeutung des Ausdrucks ward in späterer Zeit bekanntlich eine engere.

scher Form gehalten sein, und in seinen materiellen Wirkungen geht das Testament, wie erst im zweiten System gezeigt werden kann, weit über die Kraft der Privatgeschäfte hinaus und äußert eine Wirksamkeit, wie sie sonst nur bei Gesetzen oder vom Volk ausgehenden Maßregeln vorkommt.[57]) Vom Standpunkt des ältesten Rechts aus können wir von zwei verschiedenen Seiten zu der Einsicht gelangen, daß die Bestätigung des Testaments durch einen Beschluß des Volks eine Consequenz dieses Rechts enthielt. Einmal nämlich von Seiten des Familienprincips als eine durch das Interesse der Gentes gebotene Sicherungsmaßregel gegen die Willkühr letztwilliger Dispositionen — davon kann erst in §. 14 die Rede sein — sodann aber von Seiten des hier zur Behandlung stehenden subjectiven Princips als durch das eigne Interesse des Testators selbst geboten. Wenn irgendwo, so empfahl es sich gerade beim Testament als besonders zweckmäßig das Geschäft statt unter die Garantie bloßer Privatzeugen unter die des ganzen Volks zu stellen. Denn das Testament griff mehr als irgend ein anderes Geschäft in eine Menge von Interessen verletzend ein, Interessen nicht bloß einzelner Privatpersonen, sondern ganzer Gentes, traf also auf einen unvergleichlich mächtigeren Widerstand als irgend ein anderes Geschäft. Sodann steht es aber darin einzig in seiner Art, daß es erst nach dem Tode des Disponenten zur Ausführung kommen kann, daß in ihm also nur der ehemalige Wille eines jetzt Willenlosen vorliegt, der Wille hier den Anspruch erhebt über sein natürliches Ziel hinaus bindende Kraft auszuüben. So wenig wir heutzutage daran Anstoß nehmen, so wenig dies die Römer selbst später gethan haben, so ist doch die Testirfreiheit ursprünglich

57) Beispielshalber mache ich hier auf zwei Punkte aufmerksam. Der Legatar erwirbt das Eigenthum der legirten Sache ipso jure ohne Besitzaneignung, was sonst nur bei Verleihungen von Seiten des Volks oder seiner Beauftragten vorkommt. Ferner tritt jedes Rechtsgeschäft des alten Rechts sofort in Wirksamkeit, das Testament aber disponirt wie ein Gesetz über zukünftige Verhältnisse. III, 1, 164. 165.

auch ihnen gewiß nichts weniger als natürlich erschienen. Manche Völker haben sich nie zu diesem Gedanken erheben können, sind vielmehr im wesentlichen immer bei der Intestaterbfolge stehen geblieben: sollte die Rechtsanschauung der ältesten Römer so abnorm organisirt gewesen sein, daß ihnen gleich von vornherein als natürlich erschienen wäre, was sich jenen Völkern für immer entzog? Nein, gerade die Anschauung, mit der wir uns hier beschäftigen, jener Einfluß des physischen Moments im Recht macht es mehr als wahrscheinlich, daß auch die Römer ursprünglich die Erstreckung des subjectiven Willens über die physische Existenz der Person hinaus als etwas exorbitantes betrachteten, als etwas nicht schon an sich im subjectiven Recht liegendes. Da nun aber dennoch, wie wir in §. 14 sehen werden, gerade die schroffe Consequenz des römischen Familienprincips das Bedürfniß letztwilliger Dispositionen hervorrief, den Römern die Testamente aufzwang, so lag es am nächsten Streitigkeiten über die Wirksamkeit eines bloß vor Privatgaranten ausgesprochenen letzten Willens dadurch auszuschließen, daß man denselben unter die Garantie des Volks stellte, d. h. eine lex zur Bestätigung desselben nachsuchte. Wie bei jedem andern Beschluß erfolgte auch hier eine rogatio an das Volk, und letzteres stimmte ab, konnte also selbstverständlich diese Genehmigung sogut versagen als ertheilen. Der Testator erlangte durch Ertheilung derselben eine Sicherheit der demnächstigen Ausführung seines Willens, wie sie ihm die Zuziehung noch so vieler Zeugen zu einem an sich exorbitanten und rechtlich zweifelhaften Geschäft nicht hätte gewähren können.

An die Stelle des testamentum in comitiis calatis tritt später das testamentum per aes et libram (d. h. in Mancipationsform). Hatte man sich damit über die ursprüngliche Idee, daß das Testament der Garantie des Volks bedürfe, bereits hinweggesetzt? Wenn die fünf Zeugen der Mancipation, wie allgemein angenommen wird, die Vertreter der fünf Censusklassen des römischen Volks sind, so bleibt das Mancipationstestament jener ursprünglichen Idee treu, die Kraft desselben beruht dann auf der

vom Volk durch seine Vertreter ertheilten Approbation. Es liegt auf der Hand, daß jene Deutung der fünf Zeugen als Volksrepräsentanten durch Aufdeckung eines Falles, in dem dieselben nachweisbar an die Stelle des gesammten Volks treten, den höchsten Grad der Wahrscheinlichkeit gewinnt. Operiren wir mit dieser Idee, daß diese Zeugen das Volk repräsentiren, weiter, so führt sie uns zu dem Resultat, daß die Mancipation[58] das Mittel ist, um rechtlichen Geschäften auf leichte Weise den Charakter öffentlicher Garantie zu verleihen. Vielleicht pflegte man früher auch für wichtige Dispositionen unter Lebenden ähnlich wie bei Testamenten sich den Schutz des Volks zusichern zu lassen; wie es sich damit aber auch verhält, kurz die durch mancipatio begründeten Rechte stützen sich auf die Autorität des Volks, wir können sie „öffentlich garantirte" nennen.[58a]

Ist das Gesagte richtig, so hat die Zuziehung der testes bei allen Mancipationsgeschäften nicht bloß die Wirkung, sie allein, sondern durch sie das ganze Volk in der oben angegebenen Weise zu betheiligen. Kränkung, Verletzung eines solchen Rechts, Widerstand gegen die in Folge derselben vom Berechtigten vorgenommene Selbsthülfe ist daher ein Angriff gegen das römische Volk, ein Attentat gegen die anerkannte Rechtsordnung. Aber ist das Recht stets in allen diesen Fällen ein evidentes? Bei

---

58) Es ist bereits oben bemerkt, daß das Nexum nur eine Anwendung der Mancipation auf obligatorische Zwecke enthält, darum braucht das Nexum nicht besonders genannt zu werden.

58a) Für die Idee, daß mittelst der fünf das Volk in seinen fünf Classen repräsentirenden Zeugen das Mancipationsgeschäft unter öffentliche Autorität gestellt werde, hat sich jetzt auch Bethmann-Hollweg, Der Civilprozeß des gemeinen Rechts Bd. 1. 1864. S. 157 ausgesprochen. Ob man mit ihm sagt: es erfolge die Uebertragung des Eigenthums „unter öffentlicher Beglaubigung", sie stütze sich auf „Volkszeugniß", oder mit mir: sie werde unter die Garantie des Volks gestellt, verschlägt nicht viel, s. Note 56a. Wer das Volk als Zeugen wünschte, verfolgte eben damit einen höhern Zweck, als wir ihn heutzutage bei unsern Zeugen im Auge haben — darauf bitte ich bei Prüfung meiner Ansicht immer zurückzukommen.

dem Schuldner, der sich in Form des Nexum zur Zurückzahlung der erhaltenen oder als erhalten anerkannten Summe verpflichtet hat, allerdings; er hat sich selber bereits das Urtheil gesprochen. Bei der mancipatio dagegen hängt das Recht nicht lediglich von dem Akt, sondern zugleich von dem Eigenthum des Bestellers ab. Möglich ist es, daß letzterer die Sache gestohlen hat, und daß der vermeintlich Berechtigte dem wirklich oder ebenfalls nur einem vermeintlich Berechtigten gegenüber steht. Da kommen von beiden Seiten die fünf Zeugen, welche den Akt der Mancipation bezeugen (superstites). Soll es hier zur Selbsthülfe kommen? Sie wäre ein reines Spiel der Gewalt, der Stärkste würde siegen. Da greift die Obrigkeit in den Kampf ein und gebietet ihm Halt (mittite ambo hominem); der Streit der Fäuste, das manum conserere, endet mit der Einleitung des Prozesses (§. 12).

4. Die Formen und der Umfang der legalen Selbsthülfe.

Die solennen Formen der Selbsthülfe: die manus injectio und die pignoris capio — Prozessualische Bestreitung ihrer Rechtmäßigkeit (Impugnations- und Justificationsverfahren) — Die formlose Selbsthülfe.

XI[c]. Die Selbsthülfe erscheint im ältern Recht in dreifacher Gestalt: als solenne, welche an die Beobachtung einer gewissen Form geknüpft ist; als formlose, bei der es dessen nicht bedarf, und als reiner Scheinakt, bei dem sie zur bloßen Form herabgedrückt ist. Die erstere, die gleich der dritten im neuern Recht völlig abgestorben ist, wird den Hauptgegenstand der folgenden Ausführung bilden, und zwar werden wir uns dabei, ohne minder wichtiger Akte zu gedenken, auf die zwei Hauptfälle derselben: die manus injectio und die pignoris capio beschränken.

Das Aeußerliche dieser beiden Akte ist allbekannt. Die manus injectio bestand in der Bemächtigung der Person des Schuld-

ners, die pignoris capio in einer Pfändung seiner Sachen, die eine war also ein Akt der Personal-, die andere ein Akt der Realexecution. Beide waren an gewisse Voraussetzungen und Formen gebunden, die uns hier nicht weiter interessiren. Dagegen ist es ein anderer Punkt, der bisher die gebührende Beachtung noch nicht gefunden hat und uns dieserhalb zu einem nähern Eingehen auffordert.

Bei der Schilderung des älteren Prozesses der Legisactionen berichtet Gajus (IV, 12), daß es fünf Arten desselben gegeben habe („modi quibus lege agebatur") und als zwei derselben nennt er die legis actio per manus injectionem und per pignoris capionem. Wären letztere nun nichts als Akte der solennen Selbsthülfe gewesen, hätten sie nicht zu einem prozessualischen Verfahren führen können, so wäre jene Classification, die sie mit den übrigen Prozeßarten auf eine Linie stellt, in meinen Augen von dem Vorwurf eines groben logischen Verstoßes gar nicht frei zu sprechen. Eine außergerichtliche Pfändung ließ sich doch unmöglich als eine Art des Prozesses, die Execution des gesprochenen Urtheils durch manus injectio nicht als neuer Prozeß bezeichnen.

Unsere Wissenschaft hat an diesem so gewichtigen Bedenken meines Wissens bisher keinen Anstoß genommen, jedenfalls nicht den Versuch gemacht es zu erledigen. Die legis actio per pignoris cap. insbesondere wird ganz allgemein als außergerichtlicher Akt der Selbsthülfe aufgefaßt, bei dem es zu einem Prozeß nie gekommen sei.[59] Es ist Zweck der folgenden Darstellung den Nachweis zu liefern, daß die beiden genannten Legis Actionen in der That wirkliche Prozeßarten gewesen sind. Freilich nicht

---

59) Puchta, Cursus der Instit. II. §. 162; Keller, Röm. Civilprozeß §. 20; Rudorff, R. Rechtsgesch. §. 25 und ich selber (II, 2, 656). In consequenter Durchführung dieser Idee schließt Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 90 die pignoris capio sogar von dem System des alten Prozesses völlig aus und behandelt sie bei Gelegenheit der Selbsthülfe.

schlechthin, wie die drei übrigen, sondern nur bedingt, nämlich wenn dem Gläubiger das Recht zur Vornahme der Selbsthülfe bestritten ward. In diesem Fall kam es zu einem Prozeß, in dem der Gläubiger das ihm bestrittene Recht zu beweisen, den einseitig vorgenommenen Akt zu justificiren hatte. Im entgegengesetzten Fall bedurfte es dessen nicht.

Rücksichtlich der manus injectio ist uns dies von Gajus (IV, 21—25) ausdrücklich bezeugt. Nachdem der Gläubiger diesen Akt am Schuldner, wo er ihn gerade traf, vollzogen hatte, sollte er ihn vor Gericht führen[59a] — nicht etwa wie man wohl angenommen hat, um ihn sich hier vom Prätor addiciren zu lassen[59b] — sondern weil die definitive Entscheidung über den ferneren Verlauf nur vor Gericht erfolgen konnte. Fügte sich der Schuldner, so hatte das Gericht nichts weiter mit ihm zu thun. Der Gläubiger nahm ihn mit zu Haus und fesselte ihn, ohne daß es dazu der obrigkeitlichen Ermächtigung bedurft hätte. Wozu auch? Er war ja geständig und wußte, was seiner harrte.

Im entgegengesetzten Fall aber, wenn er der manus injectio

59a) Worte der XII Tafeln bei Gell. XX, 1, 45: aut quis endo em jure vindicit.

59b) In den XII Tafeln ist von einer Addiction des Magistrats nicht die Rede, es heißt hier einfach: ni judicatum facit aut quis endo em jure vindicit, ducito, und auch Gaj. IV, 20 sagt: qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur, und ebenso §. 25 daselbst, ohne einer darauf gerichteten Verfügung des Prätors Erwähnung zu thun. Ob diesen gewichtigen Zeugnissen gegenüber der Bericht von Gellius XX, 1, 44 ad Praetorem ducebantur et ab eo . . . addicebantur eine sonderliche Autorität beanspruchen kann, überlasse ich dem Urtheil eines Jeden. Wenn von Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 118 Note 12 frägt: „Aber wozu dies in jus ducere, wenn der Kläger keine Anerkennung seines Rechts durch den Staat bedurfte?", so verweise ich auf Note 59a: Der vindex kann nur „in jure" auftreten, und da jede manus injectio die Möglichkeit seines Auftretens offen lassen muß, so kann der definitive Ausgang derselben nur in jure entschieden werden. Damit möchte der Unterschied, den derselbe Schriftsteller S. 160 zwischen dem judicatus und nexus annimmt, beseitigt sein.

einen Widerstand entgegensetzte, ich meine nicht einen factischen, sondern einen rechtlichen, d. h. wenn er das Dasein ihrer Voraussetzungen: die Existenz, den Betrag der Schuld, die Beobachtung der gesetzlichen Fristen, kurz wenn er ihre Rechtmäßigkeit bestritt, in diesem Fall kam es nach dem Recht der XII Tafeln darauf an, ob er Jemanden fand, der statt seiner diesen Prozeß übernehmen wollte; er selber ward als Prozeßparthei nicht zugelassen, mit seinem Stellvertreter, dem Vindex, ward dann der Prozeß sofort anhängig gemacht. Dafür daß letzterer die Execution des Gläubigers aufgehalten hatte, mußte er im Unterliegungsfall zur Strafe ganz dasselbe zahlen, wie der Schuldner, woraus sich ergibt, daß er in diesem Prozeß die Rolle des Beklagten inne hatte. Fand sich kein Vindex, so war der Widerspruch des Schuldners wirkungslos; er ward ganz wie im obigen Fall vom Gläubiger abgeführt. Die Härte dieser Einrichtung ist nicht so groß, wie es auf den ersten Blick erscheinen könnte. Wer eine gerechte Sache hatte und seine Freunde und Verwandte davon zu überzeugen vermochte, dem konnte es an einem Vindex so leicht nicht fehlen; war es doch eine Ehrenpflicht einem bedrängten Verwandten in ähnlichen Fällen beizuspringen (§. 14). Fand sich in ihrer Mitte Niemand, der des Rechts genugsam kundig war, um den Prozeß zu führen, so war es nicht schwer eine geeignete Person zu gewinnen, wenn man ihr nur das Risico abnahm, also die nöthige Deckung einhändigte oder zusicherte. Nur wenn der Beklagte weder selber die Mittel hatte, um in dieser Weise sich eines Vindex zu versichern, noch auch Verwandte oder Freunde bestimmen konnte in der einen oder andern Form sich seiner anzunehmen, nur in diesem Falle war ihm der Rechtsweg abgeschnitten. Aber war ihm nicht eben damit, daß er Niemanden gewinnen konnte, der sich auf seine Seite stellte, selbst unter denen nicht, welche Sitte und Ehre verpflichtete bei gerechter Sache zu ihm zu halten, war ihm nicht eben damit das Urtheil bereits gesprochen? Es war ein ganz ähnliches Verhältniß, wie wenn im germanischen Prozeß Jemand

keine Consacramentalen finden konnte. Beide Institute, das des Vindex und der Consacramentalen hatten ganz denselben Zweck, den einer Garantie gegen frivoles Prozessiren; sie stellten den streitenden Theil unter die Controle seiner Freunde und Verwandten. Spätere Gesetze schufen im römischen Prozeß für gewisse Fälle eine Erleichterung, indem sie dem Beklagten verstatteten: manum sibi depellere d. h. als sein eigener Vindex aufzutreten (manus injectio pura). Die Einführung dieser neuen Prozeßform und die Beibehaltung des Namens wäre unerklärlich, wenn nicht das Charakteristische des ursprünglichen Verfahrens: die Strafe, die den unterliegenden vindex traf, beibehalten worden wäre; mit dem Recht war auch die Haftung des vindex auf ihn übergegangen.[59c])

Aus dem bisherigen erhellt, daß man von einer legis actio per manus injectionem im Sinn einer Prozeßart nur dann reden konnte, wenn der Beklagte mit oder ohne vindex die Rechtmäßigkeit der manus injectio bestritt; nur hier ward der Prätor thätig, nur hier kam es zu einem Rechtsstreit und zu einer Entscheidung. Im entgegengesetzten Fall hingegen geschah Nichts von dem, die manus injectio charakterisirte sich hier lediglich als ein solenner Akt der Selbsthülfe. Ist es eine gewagte Vermuthung, daß den alten Juristen bei der Benutzung des obigen Ausdrucks nur der erste Fall vor Augen geschwebt habe? In der Darstellung des Gajus erscheint das „vindicem dare, qui pro se causam agere solebat" offenbar als das Normale, als das, was sich zunächst an die manus injectio anreiht, das „domum

---

59c) So auch Keller, Civilprozeß §. 19 und Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 163; a. M. Rudorff Röm. Rechtsgesch. II. §. 24. Als Beispiele der manus injectio pura nennt Gaj. IV, 23 die lex Marcia adversus feneratores und die lex Furia testamentaria; bei beiden ist die Strafe für das frivole Prozessiren (die hier auf das Vierfache gesteigert war) ausdrücklich bezeugt, III, 105. Diese Folge, in späterer Zeit mit dem Ausdruck: lis inficiando crescit in duplum bezeichnet, ward auch in Fällen eingeführt, wo nie eine manus injectio Statt gefunden hatte.

duci et vinciri" nennt er erst in zweiter Linie und bei der manus injectio pura erwähnt er es überhaupt nicht einmal.

Die Nothwendigkeit dieser Unterscheidung zwischen der manus injectio als Prozeßart und als solennem Akt der Selbsthülfe wird nicht unerheblich dadurch unterstützt, daß der Ausdruck manus injectio und manus injicere sowohl von juristischen als nichtjuristischen Schriftstellern nicht selten lediglich in letzterm Sinn gebraucht wird, vor allem in Anwendung auf Sklaven,[60] bei Gelegenheit der vindicatio in servitutem und bei Geltendmachung sonstiger Rechte — Anwendungsfälle, in denen man mit Recht das Dasein einer legis actio (im Sinn eines prozessualischen Verfahrens) bestritten hat.[60a] Für unsern gegenwärtigen Zweck haben diese Anwendungsfälle jedenfalls das Interesse uns zu zeigen, daß der Bereich der manus injectio als eines rechtlich gestatteten Aktes der Selbsthülfe mit dem Umfang, in dem sie bei Gajus a. a. O. erscheint, nämlich in Anwendung auf die Execution von Geldforderungen nicht zusammenfällt.[61]

In dieser letzteren Richtung fand sie nach älterem Recht in drei Fällen unläugbarer Schuld Statt, nämlich auf Grund einer per aes et libram begründeten Forderung (Nexum[62]) S. 140

---

60) Ein reiches Material bei Brissonius de form. V. c. 19, wozu noch Seneca de constant. c. 5. bona, in quae non est manus injectio und de vita beata c. 23 nihil, quo manus injiciat nachgetragen werden möge. Stellen über die manus injectio an Sklaven s. bei Rudorff Röm. Rechtsgesch. II. §. 24.

60a) Rudorff a. a. O.

61) In diesem weitern Sinn definirt Serv. ad Virg. X, 419: Manus injectio dicitur, quoties nulla judicis auctoritate exspectata rem nobis debitam vindicamus.

62) Rücksichtlich des Weitern verweise ich auf die Compendien der römischen Rechtsgeschichte. Die XII Tafeln hatten das Nexum als rechtsverbindlich anerkannt (Si nexum facit mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto), bei Gelegenheit der manus injectio jedoch nur der beiden andern Fälle (aeris confessi rebusque jure judicatis) Erwähnung gethan. Wenn man nicht verkehrterweise annehmen will, daß im erstern

und Legat; einen anderen angeblichen Fall s. unten) auf Grund des gerichtlichen Anerkenntnisses und auf Grund des Urtheils.

Nach heutiger Auffassung hätte der Fall der richterlichen Verurtheilung obenan gestellt werden müssen, denn ihr zufolge ist das richterliche Urtheil die normale Voraussetzung der Execution, und die übrigen Fälle der manus injectio erscheinen ihr nur als solche, auf welche die Kraft des richterlichen Urtheils übertragen ist. Für unsere heutige Zeit und auch für die der klassischen römischen Juristen ist diese Auffassung durchaus richtig, letztere bezeichnen geradezu Eid und Geständniß als Surrogate des richterlichen Urtheils. Allein ich halte es für grundfalsch eine solche Auffassung ins ältere römische Recht hinüberzutragen;[63] das Verhältniß zwischen dem richterlichen Urtheil und dem Geständniß u. s. w. war hier gerade das entgegengesetzte. Das richterliche Urtheil stützte seine Kraft lediglich darauf, daß der Beklagte dasselbe im Voraus für verbindlich erkannt hatte. Anstatt daß nach jener Ansicht die Parthei ihr Recht zur manus injectio mittelbar oder unmittelbar vom Richter hätte ableiten müssen, empfing letzterer umgekehrt, wie wir später (§. 12) sehen werden, seine ganze Machtbefugniß erst aus der Hand der Partheien.

Ob die manus injectio nicht noch in andern Fällen zur Anwendung gelangt sei, ist streitig. So zunächst im Fall des Ei-

---

Fall die näheren Modalitäten über die Execution, insbesondere auch die „dies justi" ganz der Beeinbarung der Partheien überlassen bleiben sollten, so wird man in dem „aeris confessi" eine Hinweisung auf das Nexum zu erblicken haben.

63) Aus Gaj. IV. §. 21—23 folgern zu wollen, daß nach dem Vorbilde der manus injectio judicati jede andere im älteren Recht pro judicato genannt worden sei, womit die obige Ansicht bewiesen wäre, halte ich für verkehrt. Denn Gajus beschränkt sich bei seiner Darstellung auf die species der manus injectio judicati und deren Nachbildungen, und letztere nennt er pro judicato; von den andern Anwendungsfällen der manus injectio im ältern Recht hingegen, von denen die wegen nexum schon früh unpraktisch ward, spricht er überall nicht.

des.[63a]) Wenn die Auffassung der spätern römischen Juristen, welche den Eid dem Urtheil gleich stellen,[63b]) maßgebend sein könnte, so würde die Frage zu bejahen sein; für den in jure abgeleisteten Eid boten sogar die Worte „aeris confessi" einen gesetzlichen Anhaltspunkt, denn wer unter der Bedingung eines vom Gegner abzuleistenden Eides zu zahlen versprochen hatte, mußte nach erfüllter Bedingung als confessus gelten. Daß durch gerichtliches Bekenntniß nicht bloß eine bestehende Schuld anerkannt, sondern auch eine nicht bestehende begründet werden konnte, wird nicht zu bezweifeln sein.[63c])

Ein anderer zweifelhafter Fall, den man hierher hat ziehen wollen,[63d]) ist der der actio auctoritatis. Wer eine res mancipi verkauft und mancipirt hatte, haftete im Fall der Eviction für den doppelten Kaufpreis. Der Umstand, daß diese Klage von vornherein auf das Doppelte ging,[63e]) nicht erst in Folge des Läugnens sich zu diesem Betrage steigerte, sowie daß sie durch wirkliche Zahlung des Kaufpreises bedingt war, welche zu beweisen stand, schließt in meinen Augen den Gedanken an die manus injectio aus. Hätte letztere hier zur Anwendung gelangen sollen, so hätte dieser doppelte Betrag sich nochmals verdoppeln müssen, was eben so unwahrscheinlich, als wenig bezeugt ist. Richtiger dürfte die Strafe des Doppelten an die Idee des furtum nec manifestum angeknüpft werden; der Verkäufer hatte den Versuch gemacht den Käufer um den Kaufpreis zu bringen.

In den XII Tafeln ward die manus injectio auch gegen den-

63a) Verneint von Rudorff, Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. XIV. S. 347 fl. und Rechtsgesch. a. a. O., bejaht von mir in der ersten Auflage dieses Werkes.

63b) S. die Stellen in Note 70.

63c) Hierauf macht Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 157 aufmerksam. Ob freilich „die gesetzliche Zahlungsfrist durch Nebenabrede leicht auf den Verfalltag der Schuld erstreckt", die triginta dies justi des Gesetzes also verkürzt oder verlängert werden konnten, ist mir sehr zweifelhaft.

63d) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 161.

63e) So bezeugt wenigstens Paul. S. R. II, 11. 3.

jenigen verstattet, welcher sich weigerte der an ihn ergangenen in jus vocatio Folge zu leisten. War dies eine manus injectio in unserm obigen Sinn?[63f])

Unter dieser Voraussetzung würde der Beklagte als geständig oder verurtheilt gegolten haben, und hätte nur vermittelst eines vindex in der oben angegebenen Weise den Prozeß aufnehmen können. Oder bedeutete die manus injectio hier bloß die Anwendung physischer Gewalt?[64]) Für die erste Annahme spricht das Bedürfniß der Androhung einer Strafe gegen eine solche Widersetzlichkeit;[64a]) war letztere straflos, so konnte der Beklagte es immerhin versuchen sich der in jus vocatio zu entziehen und damit die Einleitung eines Verfahrens zu verhindern. Und geschah ihm etwa Unrecht, wenn man in seiner Weigerung die Sache zur gerichtlichen Verhandlung gelangen zu lassen, ein stillschweigendes Einverständniß erblickte?[64b]) Die Gegner vermögen dieser Ansicht nichts weiter als den Mangel eines ausdrücklichen Zeugnisses entgegenzusetzen. Für die Frage von der Ausdehnung der Selbsthülfe im ältern Recht hat übrigens diese Differenz gar kein Interesse; es genügt, daß der Kläger auch in diesem Fall zur Anwendung von Gewalt berechtigt war.

Wenden wir uns nunmehr der pignoris capio zu, von der die fünfte legis actio in der Darstellung des alten Prozesses bei Gajus ihren Namen trägt. Für gewisse Forderungen von theils religiöser, theils militärischer, theils politischer Beziehung durfte der Berechtigte einseitig ohne Mitwirkung der Obrigkeit und selbst in Abwesenheit des Gegners ein Pfand nehmen (Gaj. IV, 27. 28)

63f) So Puchta, Cursus der Instit. II. §. 160.

64) So Keller, Der röm. Civilprozeß §. 46, Rudorff, Röm. Rechtsgesch. II. S. 209, Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 106.

64a) Im spätern Recht anerkannt: l. 2 §. 1 si quis in jus vocat. (2. 5) ex causa . . multa . . damnabitur. Gaj. IV, 46. Das Bedürfniß der Strafe scheint selbst von den Vertheidigern der entgegengesetzten Ansicht gefühlt zu werden, so z. B. von Rudorff a. a. O., der für die ältere Zeit von „ebenso unzulänglichen als tumultuarischen Auftritten" spricht.

64b) Liv. III 57 Si ad judicem non eat, pro damnato in vincula duci jubere.

eine Form der Selbsthülfe, die gleich dem römischen auch manche andere Rechte aus der Urzeit mit hinüber genommen haben.[64c]) Wie oben bemerkt, so faßt man jene legis actio ganz allgemein als einen reinen Akt der Selbsthülfe auf, bei dem es zu einem gerichtlichen Verfahren überall nicht gekommen sei. Der Berechtigte, meint man, habe das Pfand verkauft, wenn es nicht eingelöst ward; über die Einlösung aber hätten bestimmte Regeln bestanden.

Daß die Pfändung diesen Verlauf nehmen konnte, ist unzweifelhaft; wozu ein Prozeß, wenn der Gepfändete das Recht des Gegners anerkannte? Allein wie, wenn dies nicht der Fall war? An diese Möglichkeit scheint die herrschende Ansicht gar nicht gedacht zu haben, und auch Gajus erwähnt derselben nicht. Und doch ist es klar, daß das alte Recht auch sie berücksichtigt haben muß, denn sonst hätte ja Jeder aufs Gerathewohl pfänden können, und der Gepfändete hätte das Nachsehen gehabt. Eine legis actio per pignoris capionem ohne die Garantie ihrer Rechtmäßigkeit d. h. ohne ein Verfahren, welches die Prüfung ihrer Rechtmäßigkeit zum Gegenstand hatte, wäre ein Freibrief zur Vornahme willkührlicher Pfändungen, zu Raub und Gewalt gewesen. Kurz was uns für die Personalexecution ausdrücklich bezeugt ist, muß auch für die Realexecution gegolten haben; wie dem Akt der manus injectio, so muß sich auch dem der pignoris capio erforderlichen Falles ein Verfahren angeschlossen haben, das die Prüfung seiner Rechtmäßigkeit zum Zweck hatte. Daß dies Verfahren in gleicher Weise, wie das über die manus injectio eingeleitete als legis actio per manus injectionem bezeichnet ward, nach dem Namen des Aktes, der dazu Veranlassung bot, legis actio per pignoris capionem genannt worden sei, dürfte schwerlich als gewagte Vermuthung gelten.

64c) So z. B. das griechische (Heffter, Athen. Gerichtsverfahren S. 454, Meier und Schömann Attischer Proceß S. 747), das germanische und englische (Wilda, Zeitschr. f. Deutsch. R. I S. 167 fl., Rüttimann der englische Civilprozeß S. 10 fl.)

Man könnte sich dasselbe nun in der Weise denken, daß der Gepfändete dabei die Rolle des Klägers inne gehabt hätte, etwa nach Art der act. negatoria. Es läßt sich, wie ich glaube, mehr als wahrscheinlich machen, daß das Gegentheil Statt fand. Zu den Forderungen, welchen das Privilegium der pignoris capio zur Zeit des Legisactionenprozesses zustand, gehörte auch die der Publikanen auf Entrichtung der Zölle (Gaj. IV, 28). Dies Privilegium verblieb ihnen auch nach Einführung des Formularprozesses,[65]) und es ist uns eine Notiz aufbewahrt (Gaj. IV, 32) über die prozessualische Gestalt, die es hier an sich trug. Der Publikane klagte gegen den Gepfändeten auf Einlösung des Pfandes zu dem Satz, der dafür von Altersher hergebracht war, also offenbar auf mehr als auf den einfachen Zollsatz. Wenn Gajus nun diese Klage als eine actio fictitia, die der legis actio per pignoris capionem nachgebildet sei, bezeichnet,[66]) so kann diese Fiction den Sinn haben, entweder: der Publikane hat die Klage, auch wenn er nicht gepfändet hat, gleich als ob er es gethan hätte — oder aber: er hat die Klage nur, wenn er gepfändet, gleich als ob er es nach altem Rechte gethan. Ohne die erstere Annahme auszuschließen, glaube ich doch mit Bezug auf die Stelle von Cicero in Note 65 auch die zweite vertheidigen zu dürfen. Wenn Cicero hier den bekannten juristischen Sprachgebrauch, dem zufolge petitor den Kläger, possessor den Beklagten bezeichnet, beobachtet hat, so hat er mit den Worten: quum in his omnibus publicanus petitor ac pignerator, non ereptor neque possessor soleat esse auch dem pfändenden Publikanen die Rolle des Klägers zugewiesen.[67])

---

65) S. z. B. Cic. in Verrem III 11, 27: publicanus petitor ac pignerator.

66) Dies geht insbesondere auch aus dem Gegensatz des §. 33 daselbst hervor: nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur.

67) Die Stelle ist neuerdings behandelt von Degenkolb, Die lex Hieronica. Berlin, 1861. S. 52 fl

Diese für den Formularprozeß bezeugte Klage ist es, die ich als legis actio per pignoris capionem in den Legisactionenprozeß zurückversetze. Aber wozu, kann man fragen, eine solche Klage? Etwa um den Gegner zur Einlösung zu zwingen, angenommen nämlich, daß es dem Gläubiger nicht freistand das Pfand zu verkaufen? Diese Annahme enthält vom Standpunkte des älteren Rechts aus durchaus keine Unwahrscheinlichkeit, denn es ist bekannt, daß selbst das vertragsmäßige Pfand das Verkaufsrecht ursprünglich nicht in sich schloß; um wie viel weniger, möchte man folgern, das einseitig ergriffne. Wie es sich damit aber auch verhalte — unter allen Umständen bot die Klage dem Beklagten die oben (S. 159) postulirte rechtliche Form die Rechtmäßigkeit der Pfändung zu bestreiten; der Kläger, der die Einlösung von ihm begehrte, hatte nach allgemeinen Grundsätzen die Voraussetzungen seines Anspruchs, also die Existenz und den privilegirten Charakter sowie den Betrag seiner Forderung zu beweisen, die Klage gestaltete sich also eben damit zu einem Impugnations- und Justificationsverfahren in Bezug auf die vorgenommene pignoris capio. Es ist aber klar, daß dieses Mittel nur unter der Voraussetzung ein ausreichendes war, wenn es nicht bloß vom Kläger, sondern auch vom Beklagten abhing, ob es zur Klage kommen sollte. Es bedarf nur der Verweisung auf die entsprechende Gestalt der legis actio per manus injectionem, um diese Annahme einer Verpflichtung zur Klage gegen den Vorwurf des Gezwungenen und Unnatürlichen zu rechtfertigen. Stieß die manus injectio auf Widerspruch, so mußte der Gläubiger und zwar als Kläger (S. 153) sie justificiren. In beiden Fällen, kann man sagen, constituirte sich der, welcher den Akt der Selbsthülfe vorgenommen hatte, eben damit eventuell zugleich als Kläger für das Justificationsverfahren.

Habe ich hiermit das Richtige getroffen, so sind damit zwei Fragen, auf die man bisher nicht einmal den Versuch gemacht hat eine Antwort zu ertheilen, in befriedigender Weise gelöst. Zuerst nämlich die: wie kam die legis actio per pignoris capionem

dazu unter den Prozeßarten zu figuriren? Und sodann die: welchen rechtlichen Weg gab es für den Gepfändeten sich gegen eine unrechtmäßige Pfändung zu schützen? Zugleich gewinnen damit die beiden Legisactionen zum Zweck der Privatexecution eine unerwartete Uebereinstimmung unter sich und einen scharfen Gegensatz zu den drei übrigen. Beide fallen nämlich zusammen unter den Gesichtspunkt eines durch die Einsprache des Gegners veranlaßten Justificationsverfahrens für einen Akt der solennen Selbsthülfe; bei beiden hat der Gläubiger die Rolle des Klägers zu übernehmen. Nur darin unterscheiden sie sich, daß bei der manus injectio, wo die Einsprache des Gegners sofort laut werden kann, auch das Verfahren selber sofort anhängig gemacht werden soll, während dies bei der pignoris capio, die auch in Abwesenheit des Gepfändeten statthaft war, erst hinterher möglich war. Ob die ältere Jurisprudenz den Namen einer legis actio auf beide auch in dem Fall angewandt habe, wenn sie zu einem prozessualischen Verfahren überall nicht führten, möge dahin gestellt bleiben; jedenfalls schlossen sie im Moment ihrer Vornahme die Möglichkeit eines solchen — den ersten grundlegenden Akt — in sich und konnten daher mit Rücksicht darauf immerhin legis actiones, d. h. Einleitungsformen des Prozesses genannt werden.

Fände der Begriff der Selbsthülfe auf die Staatsbehörde und deren Akte Anwendung, so müßte den beiden bisher erörterten Fällen der Privatexecution noch die Execution der Ansprüche des Staats hinzugefügt werden, die regelmäßig rein auf dem Wege der Verwaltung ohne Beschreitung des Rechtsweges erfolgte.[68]) Ausnahmsweise ward jedoch auch für sie der Rechtsweg dem Gegner eröffnet, dann nämlich, wenn der Anspruch gegen ihn nicht publicistischer, sondern privatrechtlicher Natur war, d. h. nicht in dem Subjectionsverhältniß der Bürger zur Staatsgewalt, sondern in einem von letzterer mit ihnen abgeschlossenen Contract seinen Grund hatte. Hier, wo der Staat als Privat-

68) von Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 95 fl.

gläubiger dem Schuldner gegenüber stand, durfte er ihm billigerweise die Möglichkeit des rechtlichen Gehörs nicht abschneiden. Es war eine ganz eigenthümliche Form, in der man sie ihm gewährte. Die Staatsbehörde nämlich trat nicht selbst als Klägerin auf; ob, weil sie es nicht für geziemend hielt sich mit einer Privatperson in einen Prozeß einzulassen und sich der Gefahr des Unterliegens auszusetzen, oder weil man die Unbefangenheit des Richters und das Interesse der Vertheidigung durch das Uebergewicht, das sie über den Beklagten besaß, für gefährdet hielt, bleibe dahin gestellt; sie verkaufte und cedirte vielmehr den Anspruch und stellte damit der Privatperson eine Privatperson entgegen, die im Wege des gewöhnlichen Verfahrens den Anspruch verfolgte. Auf dieser Möglichkeit einer Cession der Forderungen, die Jahrhunderte lang auf das angegebene Verhältniß beschränkt blieb, beruhte der eigenthümliche Begriff der „praedes.“ [68a])

Außer den beiden bisher erörterten Akten der solennen Selbsthülfe bietet das älteste Prozeßverfahren der Legisactionen noch einen andern Fall, in dem sie, aber nur als bloßer Scheinakt, zur Erscheinung gelangt. Es ist der bekannte oben S. 150 bereits berührte Scheinkampf, mit dem der Vindicationsprozeß eröffnet wird. Der zur Bezeichnung desselben dienende Name vindicatio sowie die dabei vorkommende vindicta, jener unvermeidliche, hier in einen Stab verwandelte Speer zeigen, daß es sich dabei um eine vis (vis civilis, festucaria bei Gellius XX 10) handelt;[69]) der Akt wird auch mit manum conserere=Hand-

---

68a) Das Weitere über dieses Institut gehört nicht hierher. S. darüber Rudorff a. a. O. II S. 308 und die neuste Schrift von Rivier, Untersuchungen über die Cautio praedibus praediisque. Berlin 1863, welcher letztere aber S. 94, sowie auch Th. Mommsen, Die Stadtrechte der latinischen Gemeinden Salpensa und Malacca S. 473 den eigenthümlichen Sinn des Instituts schwerlich getroffen haben möchte, wenn er das „praedes vendere“ im wörtlichen Sinn für den Verkauf des Schuldners selber nimmt und im Unterschiede von der gewöhnlichen manus injectio nicht einmal die Möglichkeit einer Vertheidigung des Schuldners offen läßt.

69) Die Wurzel dic bedeutet im Lateinischen wie im Sanskrit und Grie-

gemeinwerden bezeichnet. Man hat in dieser Aufnahme der Gewalt in den Prozeß die Idee ausgesprochen finden wollen, daß die Gewalt dem Rechte weichen müsse. Aber man könnte wohl mit mehr Recht sagen: die Gewalt erscheint den Römern als etwas so natürliches und so wenig unrechtes, daß sie dieselbe selbst im Prozeß nicht entbehren können. Jener Scheinkampf enthält weniger eine Verurtheilung der Selbsthülfe als umgekehrt einen Beleg dafür, wie tief dieselbe in der Volksvorstellung gewurzelt war, eine Reminiscenz aus der Urzeit, die man in den Prozeß mit hinübergenommen hatte, weil man sich von den Ideen derselben noch nicht völlig losgerissen hatte. Als letzteres geschehen war, ließ man den Akt fallen; das Verständniß für seine ursprüngliche Bedeutung fehlte.

Nachdem wir die Formen, in denen die Selbsthülfe als solenner Akt im ältesten Prozeß auftritt, dargestellt haben, wäre es nunmehr an der Zeit ihr durch das ganze Gebiet des ältern Rechts und auch des Formularprozesses zu folgen, um dadurch eine Anschauung zu gewinnen von der Rolle, die sie auch in dieser spätern Zeit noch spielte, nicht sowohl weil letztere ein unmittelbares Interesse für uns hätte, als weil sie uns zu Schlüssen auf die älteste Zeit berechtigt. Ich glaube jedoch diesen umständlichen Weg, der uns vom ältern Rechte auf längere Zeit gänzlich abführen würde, nicht einschlagen zu sollen, beschränke mich vielmehr auf Hervorhebung einiger besonders charakteristischer Punkte.

Zu ihnen rechne ich:

1. den Antheil, welchen auch noch der spätere Formularprozeß der Thätigkeit des Klägers zum Zweck der Verwirklichung seines Rechts einräumt. Der alte Gedanke, daß ein klares, unbestrittenes Recht die Befugniß zur Verwirklichung durch Privat-

---

chischen (δείκνυμι) zeigen z. B. dicis causa, digitus, indicare; dicere sagen ist = zeigen mit Worten. Vindicare aus vim dicere heißt also Gewalt zeigen. S. Pott a. a. O. B. 1 S. 266 und Otfried Müller im Rhein. Museum für Jurisprudenz B. V S. 190 flg.

execution in sich schließe, daß es also Sache des Siegers, nicht der Staatsgewalt sei das Urtheil zu realisiren, kurz der Gedanke der legalen Privatexecution im Gegensatz zu unserer heutigen richterlichen Execution — dieser Gedanke bildet auch die Grundlage des genannten Prozeßsystems. Der Prätor executirt nicht selber durch seine Lictoren, sondern er ermächtigt den Kläger die nöthigen Maßregeln selber vorzunehmen, also sich der Person des Schuldners, Kindes, Sklaven zu bemächtigen (duci jubere), sein Vermögen in Besitz zu nehmen (bona possideri jubere; immissio in bona), die zugesprochene Sache ihm wegzunehmen (z. B. beim interd. utrubi). Die Autorisation erfolgt regelmäßig dadurch, daß dem Gegner die Anwendung des Widerstandes gegen diesen Akt der Selbsthülfe untersagt wird — durch ein prohibitorisches Interdict (vim fieri veto, quominus etc.), dessen Wirksamkeit durch Strafandrohung gesichert war. Daß im äußersten Fall die Staatsgewalt ihren Arm lieh, wird sich nicht bezweifeln lassen.[69a]) Aber von vornherein geschah dies nicht; der Kläger mußte selber die Sache in die Hand nehmen — mit dem bloßen Stellen von Anträgen kam er in Rom nicht ab, er mußte handeln. Hatte er doch selber auch den Beklagten vor Gericht zu schaffen.

2. Die Gestaltung der Besitzeslehre. Daß es Selbsthülfe, nicht Selbstvertheidigung ist, wenn der ehemalige Besitzer der Sache, der sie vorübergehend einem Andern anvertraut z. B. vermiethet, verpachtet, geliehen hat, sich dieselbe mit Gewalt wiederum aneignet, daran kann nur der zweifeln, der die Wendung, wodurch die römischen Juristen dem Verhältniß die umgekehrte Gestalt gaben, für die allein mögliche Gestalt desselben hält. Neuere Rechte können ihn vom Gegentheil überführen. Meiner Ueberzeugung nach ist jene juristische Gestaltung des Verhältnisses, wornach der Versuch der Wiedererlangung des factisch

---

69a) Liv. III 48: I, lictor, submove turbam et da viam domino ad prehendendum mancipium. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 191.

verlorenen Besitzes unter den Gesichtspunkt der Behauptung des juristisch noch bestehenden, also der Selbstvertheidigung gebracht wird, nur eine im Interesse der alten Ideen über Selbsthülfe erfundene Form. Einen andern Anwendungsfall der Selbsthülfe enthält das Verhältniß des possessor justus zum injustus. Indem das Recht letzteren jenem gegenüber für schutzlos erklärt, ist dieser eben damit ermächtigt gewaltsam gegen ihn vorzuschreiten, nur nicht mit gewaffneter Hand. (Ausschließung der exc. vitiosae possessionis beim interd. de vi armata.)

3. Der Mangel einer Strafe für die Selbsthülfe in Fällen, wo man gesetzlich nicht dazu berechtigt war. Dem Eigenthümer stand es nicht frei seine in fremdem Besitz befindliche Sache statt zu vindiciren einfach wegzunehmen, ebensowenig dem Gläubiger die geschuldete Sache dem Schuldner mit Gewalt zu entreißen. Allein was geschah ihnen, wenn sie es dennoch gethan hatten? Sie konnten mit einer possessorischen Klage zur Rückgabe genöthigt werden, allein es traf sie, so viel wir wissen, keine Strafe. Ja, wer den Schuldner durch Drohungen zur Zahlung genöthigt hatte, konnte, selbst nachdem das prätorische Edict eine Klage wegen Erpressung (act. quod metus causa) eingeführt hatte, nicht einmal auf Rückgabe in Anspruch genommen werden.[69b]) Nur, wenn der Prätor durch ein prohibitorisches Interdict die Anwendung von Gewalt im einzelnen Fall ausdrücklich verboten, folgte im Uebertretungsfall eine Strafe. Erst in späterer Zeit gegen das Ende der Republik (leges Juliae de vi privata und publica) und in der Kaiserzeit (Decretum Divi Marci und dessen Ausdehnungen) ward die Selbsthülfe — von einzelnen Ausnahmsfällen abgesehen, principiell verboten und mit zum Theil sehr harten Strafen belegt.

Deutlicher als in diesem Gegensatz der völligen Straflosigkeit der Selbsthülfe im älteren und ihrer strengen Bestrafung im

---

69b) L. 1 §. 2 quod met. causa (4. 2). Die wenn auch erzwungene Zahlung einer wirklich begründeten Schuld ward nämlich nicht als erlittener Verlust betrachtet, und eines solchen bedurfte es für diese Klage.

neuern Recht kann sich die Verschiedenheit der Anschauung der alten und der neueren Zeit in Bezug auf sie nicht ausprägen.

C. Friedliche Ausgleichung des Rechtsstreits.

Vertragsmäßige Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten — Eid und Schiedsrichter — Unterwerfung unter den Richterspruch (litis contestatio).

XII. Das Bedürfniß einer Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten hat sich nicht überall auf dieselbe Weise befriedigt. Bei einigen Völkern ist es die Gottheit, an die man sich zu diesem Zweck wendet, und die durch Gottesurtheile, Orakel, Loos u. s. w. die Entscheidung abgibt; bei andern ist es die Obrigkeit, die um Hülfe angegangen wird. In beiden Fällen aber unterwerfen sich die Partheien einer höhern Macht. Einen ganz andern Weg hat von Altersher das römische Volk eingeschlagen, und die Entwicklung der Folgezeit hat diesen Gedanken der Urzeit nicht zu verdecken vermocht. Es ist der der vertragsmäßigen Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten. Der Berechtigte, dem das Recht vom Gegner bestritten ward, proponirte ihm die Einholung des Schiedsspruchs eines unpartheiischen Dritten oder er überließ die Entscheidung seiner eigenen Gewissenhaftigkeit, d. h. er schob ihm über die Nichtexistenz seines Rechts den Eid zu.[70]) Ging letzterer auf den einen oder andern Vorschlag ~~nicht~~ ein, so verstand sich das weitere von selbst; die durch den Schiedsrichter oder den Eid bewirkte Entscheidung stützte sich auf beiderseitige

70) Dieser Gesichtspunkt, daß der Kläger den Gegner durch Eideszuschiebung zum Richter mache, wird öfters ausgesprochen, l. 1 pr. Quar. rer. (44. 5) Jusjurandum vicem rei judicatae obtinet, non immerito, cum ipse quis judicem adversarium suum de causa sua fecerit deferendo ei jusjurandum. L. 28 §. 2 de jud. (5. 1). Quint I. O. V. 6 §. 4 litis adversarium judicem facit.

Einwilligung, war also für beide Theile bindend, sie begründete zweifelloses Recht und damit die Befugniß zur Selbsthülfe. Wie aber, wenn der Gegner jenen Vorschlag des Berechtigten zurückwies? Durch diese Weigerung brach er selber über sich den Stab; denn warum sich weigern, wenn er von seinem Rechte überzeugt war? Er bewies, daß er zur Gerechtigkeit seiner Sache kein Vertrauen hatte, und man that ihm, der dem Gegner damit jede Möglichkeit der Entscheidung abschnitt, kein Unrecht, wenn man in seiner Weigerung ein indirectes Eingeständniß seiner Schuld fand.[70a]) Die Selbsthülfe (wenn auch vielleicht nicht die legis actio per manus injectionem; s. S. 158) hatte gegen ihn freien Lauf.[70b])

Das Institut der Schiedsrichter sowie der außergerichtliche Eid schlossen das System der Selbsthülfe ab, indem sie dem vermeintlich Berechtigten die Möglichkeit gewährten entweder den Streit zur Entscheidung zu bringen oder wenigstens den Gegner moralisch in die Enge zu treiben und ihn durch seine Weigerung zum indirecten Geständniß seines Unrechts zu zwingen. Beide Mittel waren in Rom noch in später Zeit außerordentlich populär und üblich,[71]) beide kehren in solenner Form im altrömischen Prozeß wieder. In letzterem erblicke ich nichts als den in geregelte und feste Formen gebrachten Niederschlag dieser längst vor ihm bestandenen vertragsmäßigen Entscheidung des Rechtsstreites durch die Partheien selbst. Der außergerichtliche Eid wird zum gerichtlichen, der Schiedsrichter zum öffentlichen Richter, ohne daß beide damit ihr früheres Wesen aufgeben.

Unser heutiger Richter leitet seine Machtbefugniß vom Staat, nicht von der freiwilligen Unterwerfung der Partheien ab, und

---

70a) Liv. III 57 si ad judicem non eat, pro damnato in vincula duci jubere. L. 48 de jurejur. (12. 2): manifestae turpitudinis et confessionis est nolle nec jurare nec jusjurandum referre.

70b) Nach den XII Tafeln: Si in jus vocat, ni it, antestator; igitur em capito; si calvitur pedemve struit, manum endo jacito.

71) O. E. Hartmann, der Ordo judiciorum I S. 105 fl.

seine Machtbefugniß besteht nicht bloß darin das Recht zu constatiren, es zu weisen, sondern es zu verwirklichen.

Von dem ist beim römischen Richter keine Rede; was wir bei ihm finden, sind dieselben Functionen, die jedem Schiedsrichter zukommen. Die auffallende Aehnlichkeit beider veranlaßte einen römischen Juristen zu der Bemerkung: compromissum (Wahl eines Schiedsrichters) ad similitudinem judiciorum redigitur. Für die spätere Zeit mochte es nahe liegen im Richteram das Original, im Institut der Schiedsrichter die Copie zu erblicken, für die ältere Zeit wird man das Verhältniß gerade umkehren müssen.

Es mochte öfter vorkommen, daß die Partheien einen Magistrat, der sich durch seine Rechtskenntniß oder Rechtlichkeit auszeichnete, um schiedsrichterlichen Spruch angingen. Die Erfüllung ihres Wunsches von seiner Seite ward ursprünglich als Ehrensache angesehn, zuletzt als amtliche Pflicht.[71a] Ueberhäufung mit solchen Aufträgen führte den Magistrat darauf den Partheien eine andere geeignete Person an seiner Statt vorzuschlagen sowie manche Streitigkeiten ein für alle Male zurückzuweisen; auch das spätere Recht kargt mit den Klagen, um wie viel mehr das ältere. Der einzige Unterschied zwischen dem gewöhnlichen Schiedsrichter und dem vom Magistrat bestellten oder, wenn er selbst erkannte, ihm selbst bestand darin, daß man ersteren um Uebernahme des Auftrages erst ersuchen mußte, des letzteren hingegen in allen

---

71a) Die folgende aus der ersten Auflage unverändert hinüber genommene Darstellung hat, was ich in Bezug auf die gegen sie lautgewordenen Einwendungen bemerke, lediglich den Zweck einer hypothetischen Construction der Urzeit und der Ideen, von denen sie beherrscht war. Für die historische Zeit hebt sich das imperium des mit der jurisdictio versehenen Königs oder Magistrats zu sehr von der im Text dem Richter zugewiesenen Stellung ab, als daß man den Versuch machen könnte beide auf eine Linie zu stellen. Der Befehl des Prätors im Vindicationsprozeß: mittite ambo hominem zeigt deutlich, daß seine Macht nicht bloß so weit reichte, als die Partheien ihm dieselbe eingeräumt hatten, daß er nicht unter, sondern über ihnen stand.

Fällen, wo Sitte oder Gesetz seine Mitwirkung eingeführt hatten, gewiß war; im übrigen waren beide sich gleich. Der Schiedsrichter verdankt seine Macht der Wahl der Partheien, ist ein bloßer Mandatar derselben, und seine Function beschränkt sich darauf Recht zu sprechen, die Verwirklichung desselben bleibt den Partheien selbst überlassen. Ebenso erhält der Richter des ältern römischen Rechts seine Macht nur durch den Auftrag der Partheien. Am evidentesten geht dies daraus hervor, daß ein Prozeß nicht anhängig gemacht werden kann, wenn die Gegenparthei ihre Zustimmung verweigert. Wie sollte eine Entscheidung des Magistrats oder des von ihm bestellten Richters, der sie sich nicht im voraus unterworfen, bindende Kraft für sie haben? Der Streit, den sie mit dem Gegner hat, ist eine reine Privatangelegenheit, wie dürfte der Magistrat ohne Aufforderung von beiden Seiten sich hineinmischen? So kann also, wenn der Beklagte sich weigert, ein Prozeß gegen ihn gar nicht eingeleitet werden; der Kläger muß sich selbst zu helfen suchen und thut dies, wie wir oben sahen, indem er zur manus injectio schreitet. Hat der Beklagte den Vorschlag des Klägers richterliche Entscheidung einzuholen zurückgewiesen, so braucht andererseits letzterer, wenn der Beklagte denselben jetzt wieder aufnehmen will, sich nicht mehr darauf einzulassen; die Selbsthülfe hat ihren freien Lauf.

Kann ein Prozeß nicht ohne den Willen des Beklagten anhängig gemacht werden, so ergibt sich daraus, wie das Verhältniß aufzufassen ist, wenn er sich auf denselben einläßt. Der ganze Prozeß beruht auf dem Vertrage der Partheien. Beide werden sich einig über die Person des Richters, den der Magistrat ihnen bestellen soll,[72]) und versprechen sich unter einander, daß es bei dem Ausspruche desselben sein Bewenden behalten soll. Die ent-

---

72) Neminem, sagt Cicero pro Cluentio c. 43, voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.

scheidende Kraft, die dem Richterspruch zukommt, beruht also nicht darauf, daß er von einem öffentlichen Richter ausgeht, sondern darauf, daß die Partheien sie ihm im voraus beigelegt haben. Wir können ihren Vertrag als ein bedingtes Versprechen bezeichnen: sie versprechen, daß dem Sieger das werden solle, was der Richter ihm zuerkennen wird.

Die Consequenzen dieser Auffassung sind im ältern Prozeß in ihrer ganzen Strenge durchgeführt. Die alte Verbindlichkeit gilt als erloschen, folglich kann der Kläger die Klage nicht mehr fallen lassen und eine neue anstellen, und der Beklagte ebensowenig durch Vornahme der geforderten Leistung sich der Verurtheilung entziehen. An die Stelle der alten Verbindlichkeit ist durch den Vertrag der Partheien eine neue, bedingte gesetzt, und sie haben fortan nur auf die Erfüllung der Bedingung zu warten. Da diese neue sich auf einen Vertrag stützt, so nimmt die frühere, wenn sie aus einem Delict entstand, bei dieser Metamorphose alle Eigenthümlichkeiten der Obligationen aus Verträgen in sich auf, wird z. B. vererblich, während sie dies früher nicht war.

Der Vertrag, der in dieser Weise zum Fundament des ganzen Prozesses gemacht wird, heißt Litis contestatio; er ward vor dem Prätor unter Aufrufung von Zeugen (contestari) abgeschlossen. Man hat die Vertragsnatur der Litiscontestatio bestritten und ihr die „Natur des Prozesses" entgegengestellt, aus der sich schon mit Nothwendigkeit die Folgen der Litiscontestatio ergeben sollen, gleich als wenn die alten Römer die Natur des Prozesses mit unsern heutigen Augen angesehen hätten und nicht vielmehr überall, wo heutzutage Jemanden auch ohne seinen Willen eine Verpflichtung, ein Nachtheil trifft, erst die ausdrückliche, wenn auch indirect erzwingbare Einwilligung desselben verlangt hätten. Es ist in meinen Augen dem Geiste des ältern Rechts durchaus widerstrebend, daß die Litiscontestatio alle Folgen eines contractlichen Verhältnisses sollte nach sich gezogen haben, ohne selbst ein Contract gewesen zu sein. Man werde sich

nur darüber klar, daß es sich bei derselben nicht um „Unterwerfung" unter den Richter handelte, sondern daß der Richterspruch nichts ist als eine Bedingung, unter der die Partheien sich etwas versprochen haben. Hätten sie ihr Versprechen darauf gestellt, „wenn ein Dritter dies und das thun würde", so würde beim Eintritt der Bedingung der Grund der entstehenden Verbindlichkeit nicht in der Handlung des Dritten, sondern in ihrem eignen Versprechen liegen. In derselben Weise ist der Einfluß, welchen die richterliche Sentenz ausübt, auf die Vereinbarung der Partheien als auf ihre wahre Ursache zurückzuführen.

Das Verhältniß der Partheien zu dem Richter ist also nichts weniger als das einer Unterordnung. Seine Qualität als vom Prätor bestellter Richter führt eine solche Unterordnung ebensowenig nach sich, als dies heutzutage gegenüber solchen Personen der Fall zu sein pflegt, die vom Staat im Interesse des Publikums zur Betreibung irgend eines Berufes angestellt sind. Der Richter war nichts mehr als ein in der Kaiserzeit vom Staat mit dem jus respondendi versehener Jurist. Beide waren vom Staat angestellt, um den Partheien durch Ertheilung eines Gutachtens zu dienen.[73] Darum kann der Richter den Partheien im Laufe des Prozesses Nichts auferlegen, sie nicht citiren, keine Strafe für den Fall des Nichterscheinens im Termin androhen u. s. w. Darum findet das Veto der Tribunen, das gegen den mit der Handhabung der Rechtspflege betrauten Magistrat möglich ist, nicht gegen den Richter Statt; er ist gar kein öffentlicher Beamter, sondern ein Schiedsrichter der Partheien, zu dessen Bestellung ein öffentlicher Beamter mitgewirkt hat.

---

73) Bei beiden wiederholt sich auch derselbe historische Hergang. Wie der Staat das Schiedsrichteramt in seine Hände nimmt, ohne anfänglich das Wesen desselben zu verändern, so auch das Institut der respondirenden Juristen. Neben dem öffentlichen Richter und Respondenten bleiben Schiedsrichter und nicht mit dem jus respondendi betraute Respondenten in Thätigkeit und zwar längere Zeit ohne rechtliche Zurücksetzung, bis endlich letztere erfolgt, und Richter und öffentliche Respondenten im Namen des Staats und mit rechtlich verbindender Kraft Recht sprechen.

Darum endlich ist die richterliche Sentenz kein an die verlierende Parthei gerichtetes Gebot oder Verbot, sondern eine bloße Meinung „sententia", eine Erklärung „pronuntiatio", die der Richter über die Streitfrage abgibt. Am klarsten tritt dies hervor in der ältesten Prozeßform, der legis actio sacramento. Der Prozeß wird hier in die Form einer Wette gekleidet und jede Parthei deponirt eine bestimmte Summe (sacramentum),[74] deren sie im Fall des Unterliegens verlustig geht. Dem Richter wird diese Wette zur Entscheidung vorgelegt, und er erkennt in der Form, daß er das sacramentum der Parthei, die in seinen Augen Recht hat, für justum und eben damit das der andern für verwirkt erklärt. Von einer Verurtheilung ist dabei keine Rede, ja der Anspruch, der zum Prozeß Veranlassung gab, wird im Urtheil gar nicht einmal erwähnt; es wird ostensibel über eine ganz andere Frage erkannt, als um die es den Partheien eigentlich zu thun ist, und nur mittelbar wird auch letztere entschieden. Wie wenig aber selbst dieser mittelbaren Entscheidung die Idee einer Verurtheilung inne wohnt, geht am besten daraus hervor, daß die Anwendung dieser Prozeßform in Fällen vorkam, wo eine Verurtheilung oder Execution undenkbar war, weil es sich gar nicht um einen rechtlichen Anspruch, sondern um den Beweis einer beliebigen Behauptung handelte.[75] Auch im spätern Recht noch erhielt sich für manche Fälle, namentlich für solche, bei denen die Klage nicht auf Geld und Geldeswerth

---

74) Beim religiösen Princip kommen wir auf das sacramentum zurück.

75) Valerius Maximus Lib. II. c. 8. no. 74 berichtet uns, daß der Streit zwischen einem Consul und Prätor, wer von beiden das Verdienst einer siegreichen Seeschlacht habe, und wem daher der Triumph hätte bewilligt werden müssen, in dieser Weise zum Gegenstand eines Prozesses gemacht sei; nur daß hier statt der ältern Form des sacramentum die neuere der sponsio benutzt ward. Valerius sponsione Lutatium provocavit: „ni suo ductu Punica classis esset oppressa." Nec dubitavit restipulari Lutatius. Itaque judex inter eos convenit Atilius Calatinus. Letzterer gibt seine Entscheidung mit den Worten ab: secundum te litem do.

lautete, eine ähnliche Urtheilsform, die pronuntiatio; der Richter erkannte bloß dahin, daß Jemand servus, libertus, ingenuus u. s. w. sei und überließ es der interessirten Parthei die daraus folgenden praktischen Resultate zu ziehen und zu verwirklichen.

Neben jenen Urtheilsformen kommt eine andere vor, die condemnatio, aber erst in den jüngern Formen des Legisactionenprozesses. Dort lautet der Richterspruch objectiv, der Parthei bleibt es überlassen die praktischen Folgerungen zu ziehen und erforderlichen Falls sich über die litis aestimatio, die Schätzung des zugesprochenen Objects, zu einigen, hier hingegen faßt der Richter seinen Spruch relativ, er verurtheilt den Beklagten und zwar verbindet er damit bei allen Klagen, die auf ein in Geld schätzbares Object gehen, sogleich die litis aestimatio, d. h. er verurtheilt von vornherein auf Geld.

Der Richter des ältern Rechts legt also dem Beklagten Nichts auf, erläßt keinen Befehl an ihn im Namen des Staats, sondern er kommt den Partheien bloß mit seiner Rechtskenntniß zu Hülfe. Die Sprache hat das Verhältniß der richterlichen Thätigkeit zu der des Klägers treffend ausgedrückt. Der Richter soll bloß das Recht weisen (dicere, s. Note 69), daher judex genannt, und er thut dies, indem er seine Meinung (sententia) abgibt. Der Kläger hingegen ist der Handelnde (actor);[76] er „handelt" wirklich, denn er legt „Hand" an (manum injicere, conserere; vindicare), je nach Verschiedenheit des Prozesses an Personen oder Sachen (agere in personam, in rem). Unser heutiger Richter hingegen „richtet", d. h. er ist der Handelnde, „der Kläger" hingegen handelt nicht, sondern er „klagt" dem Richter sein Leid, damit letzterer ihm helfe. Um Hülfe ist es dem römischen Kläger nicht zu thun; in allen Fällen, wo sein Recht zweifellos ist, bedarf er

---

76) Auch in jurgare, litigare ist dies agere, nur muß man das zweite Wort nicht als litem agere, sondern als lite agere (wie jurgare als jure agere) deuten.

des Richters gar nicht, sondern schreitet sofort zur Selbsthülfe. Das römische Richteramt ist also nur eingeführt, um für zweifelhafte Fälle den Partheien Gelegenheit zu geben sich das Recht weisen zu lassen. Der Richterspruch aber übt keine Wirkung aus, welche die Partheien nicht ebenso gut auf anderm Wege erreichen könnten, und der Grund, warum ihm überhaupt eine entscheidende Wirkung zukommt, liegt nicht im öffentlichen Charakter des Richteramts, sondern im Willen der Partheien. Der Richter ist also nichts als ein Schiedsrichter (arbiter), und es gab eine unendliche Menge von Fällen, in denen er officiell mit diesem Namen bezeichnet wurde.

Wenn wir jetzt einen Rückblick werfen wollen auf den Weg, den wir in diesem ersten Abschnitt (§. 10 fl.) zurückgelegt haben, so führte uns derselbe von jenem niedrigsten Punkte an, wo Recht und Gewalt noch zusammen fallen, der Erbeutung vom Feinde, durch die Selbsthülfe hindurch bis zu dem Punkt, wo die Gewalt wegen Zweifelhaftigkeit des Anspruchs sich als unausreichend erweist und in der vertragsmäßigen Entscheidung des Rechtsstreits die ersten Keime zur Bildung des Richteramts sich erschließen. Immer aber blieb uns eine und dieselbe Idee zur Seite, jene Idee nämlich, daß persönliche Thatkraft die Urheberin und darum auch die legitime Beschützerin des Rechts ist. Diese Thatkraft ist nicht die nackte, physische Gewalt, sondern sie wird durch das Gefühl ihres Rechts zu einer sittlichen Macht erhoben, sie ist eine im Dienste der Rechtsidee thätige Kraft, ja das Princip des Privatrechts selbst in seiner ursprünglichen Frische und Energie.

Jene Idee der Berechtigung der persönlichen Kraft, welche durch ihre eigne That sich ihre Welt erbaut und schützt, ist das äußerste Minimum, mit dem die Bildung des Rechts beginnen kann, und darum durfte und mußte sie an die Spitze unserer ganzen Darstellung gesetzt werden. Aus diesem schwachen Keim

heraus hat sich auch bei andern Völkern das Recht entwickelt, aber nicht überall sind wir so glücklich, wie im vorliegenden Fall, an der Blüthe und der reifen Frucht noch den ursprünglichen Keim nachweisen zu können. Unvermögend, jene Idee auf die Dauer mit der steigenden Entfaltung des Staats-Princips zu versöhnen, hat manches Volk dieselbe fallen lassen und in demüthiger Erniedrigung des persönlichen Selbst- und Rechtsgefühls den Staat als den eigentlichen Schöpfer des subjectiven Rechts hingestellt. Aber in der römischen Rechtsanschauung — Dank sei es ihrer unverwüstlichen Natur und jenem männlichen Selbstgefühl der Römer — wurzelt diese Idee zu fest, als daß sie jemals hätte verschwinden können, und der juristische Instinct der Römer wußte dieselbe so zu gestalten und in die richtigen Formen zu bringen, daß sie selbst mit der höchsten Entwicklung des Staats sich vertrug.

II. Familie und Wehrverfassung die Ausgangspunkte der staatlichen Ordnung.

Vorbemerkung.

XIII. Wenn wir im bisherigen Abschnitt uns rein auf das Individuum beschränkt haben, so geschah dies nicht etwa in der Meinung, als ob es jemals eine Zeit gegeben hätte, welche mit den dort gefundenen Rechtsprincipien hätte ausreichen können, sondern lediglich um uns des Antheils bewußt zu werden, den das Gefühl des individuellen Rechts und die davon erfüllte Thatkraft des Subjects zu dem Gesammtbau des ältesten Rechts beigesteuert hat. Nur in der Gemeinschaft kann überhaupt von einem Rechte die Rede sein, mit der Gemeinschaft aber, mit den Interessen, denen sie zu dienen, mit den Zwecken, die sie zu verfolgen

hat, ist bereits eine neue nicht minder fruchtbare Quelle des Rechts gesetzt, als die in dem Individuum sich ihm eröffnet. So wie in der Körperwelt Gesetze herrschen, nach denen die Verbindung der Körper vor sich geht, so auch in der sittlichen Welt rücksichtlich der Verbindung der Individuen. In jeder Gemeinschaft derselben, und wäre sie bloß die der Familie, liegt der Keim und der Trieb der Ordnung, ja selbst der vorübergehende Zustand der Unordnung und Anarchie, die Kämpfe, Zuckungen und Stürme, von denen die Gesellschaft heimgesucht wird, was sind sie anders als das Suchen der Ordnung, das Wogen und Gähren der Elemente, welche ihre gesetzmäßige Verbindung mit einander eingehen?

In diesem Sinn kann uns also auch die Bildung des Staats als der höchsten politischen Gemeinschaft nicht als etwas erscheinen, das noch erst der Erklärung bedürfte. Der Staat ist eine Naturnothwendigkeit. Aber ohne diese Ueberzeugung im Mindesten zu verläugnen, dürfen wir auch bei ihm, so weit die Geschichte uns dies verstattet, den Versuch machen uns der Ideen zu bemächtigen, die seine ursprüngliche Bildung beeinflußt haben. Dies erscheint mir um so nöthiger, als wir sonst Gefahr laufen unsere heutige Anschauung vom Staate unbewußt auf Zeiten und Zustände zu übertragen, zu denen dieselbe in keiner Weise stimmt. An den Namen klebt die Vorstellung! Indem wir die Einrichtungen des ältströmischen Staats mit heutigen Ausdrücken bezeichnen, indem wir bei Schilderung der ältesten Verfassung von einem „König", von einer „gesetzgebenden Gewalt des Volks", von einem „Richteramt" u. s. w. sprechen, bringen wir unwillkührlich unsere heutigen d. h. irrige Vorstellungen mit. Denn nicht das Aeußere jener Erscheinungen ist das Entscheidende, sondern die Ideen, von denen sie getragen wurden, die Vorstellung aber, die der alte Römer von dem Staat hatte und alles, was mit ihr zusammenhing, war eine völlig andere, als die wir mit ihm verknüpfen. Unserer heutigen Vorstellung ist der Staat etwas von den Individuen völlig Verschiedenes, der altrömischen

war er nichts als die Gemeinschaft sämmtlicher Individuen, was dem Staat gehört, gehört ihnen, seine Interessen sind ihre Interessen, seine Verletzung ist ihre Verletzung — kurz eine Verschiedenheit in der Auffassung von der äußersten Tragweite.

Diese Differenz des Ideengehalts bei aller äußern Gleichheit der Einrichtungen zu ermitteln, das ist meines Erachtens eine der unerläßlichsten und wichtigsten Aufgaben, welche der Historiker für die altrömische Staatsverfassung zu lösen hat, und der erklärte Zweck meines Werkes zwingt mich auch an ihrer Lösung mich zu versuchen.

Ich gehe dabei von der Idee aus, daß unsere heutige Vorstellung von dem Verhältniß des Staats und der Staatsgewalt zu dem Einzelnen erst das Product einer langen Entwicklung ist, und daß wir weit entfernt davon berechtigt zu sein die Idee der Ueberordnung der Staatsgewalt über den Bürger als etwas sich von selbst Verstehendes auch der ältesten Zeit ohne weiteres zu unterstellen, vielmehr umgekehrt die Verpflichtung haben uns Rechenschaft darüber zu geben, wo und wie diese Idee im altrömischen Gemeinwesen zum Durchbruch kommen konnte. Um die Grundansicht, die ich in dem gegenwärtigen Abschnitt weiter ausführen werde, gleich hier mitzutheilen, so gehe ich davon aus, daß das Verhältniß der Coordination der Einzelnen, wie es für jede Gemeinschaft das Ursprüngliche ist, so auch das Fundamentale der altrömischen Verfassung war und zwar in Gestalt der politischen Vereinigung der Geschlechter zur Einheit des Staatswesens, daß dagegen die Idee der Unterordnung der Einzelnen unter eine höhere Gewalt zuerst im Heerwesen zur Erscheinung gelangt und erst von hieraus auf die übrigen Einrichtungen übertragen worden ist. Eine unabweisbare Nothwendigkeit schließt hier das Verhältniß der Coordination aus und setzt das der Subordination an seine Stelle.

So enthält demnach die älteste Staatsverfassung meiner Ansicht nach die Combination zweier Principien, eines coordinirenden und eines subordinirenden. Der älteste Staat steht mit sei-

nen Füßen in der Familie, mit seinen Spitzen und Mittelgliedern in der Wehrverfassung, d. h. die Gentes und die Stellung der Individuen innerhalb derselben sind durch die Idee der Familie, die Curien, Tribus und die Vorstände derselben und der König durch das militärische Interesse bestimmt.

Die Rolle, welche die Familie in der ältesten Verfassung spielt, weicht von der Gestalt, die sie im heutigen Recht an sich trägt, wesentlich ab. Die Familie ist heute ein rein privatrechtliches Verhältniß ohne alle unmittelbare politische Bedeutung und auch dieses nur in ihren beiden engsten Verhältnissen: dem elterlichen und ehelichen, das geschwisterliche Verhältniß ist bereits kein Rechtsverhältniß mehr. Ueber diese beiden Kreise hinaus überläßt das Recht die Familie sich selbst, ihrer eignen sittlichen Lebenskraft: der Liebe. Die Erfahrung aber zeigt, daß diese Lebenskraft in eben dem Maße, als die Familie selber sich erweitert, abnimmt, die Liebe sucht stets die engsten Kreise auf, sie kann nicht mit dem Stammbaum gleichen Schritt halten. Mit der rasch abnehmenden Liebe und der Pflege der Verwandtschaft verliert sich allmählich auch die Erinnerung derselben.

Ganz anders auf den niedrigen Stufen des staatlichen Lebens. Es läßt sich im allgemeinen der Satz aufstellen, daß die äußere, rechtliche Organisation der Familie im umgekehrten Verhältniß zur Reife der Staatsentwicklung steht; je unvollkommner letztere, desto ausgebildeter jene und umgekehrt. So lange nämlich die Familie noch als Surrogat des Staats zu dienen hat, bedarf sie nothwendigerweise einer ungleich festeren Organisation, als wo die vollständige Entwicklung der Staatsformen und der Staatsgewalt sie dieser Function überhebt. Ein Staat im Kleinen, hat sie auch die Verfassung desselben nöthig; die Verwandtschaftsbande können nicht der freien Liebe überlassen werden, sie sind politische Bande.

Im Laufe der Zeit verwandelt sich die durch das staatliche Princip bestimmte Familie in einen durch das Familienprincip bestimmten Staat. Mehrere Familien vereinigen sich, eine Fa-

milie erweitert sich zu einem Geschlecht oder Stamm, der seinerseits sich wieder in mehrere Zweige, Geschlechter und Familien spaltet. So entsteht der Geschlechterstaat, ein Geschiebe von kleinern oder größern compacten Einheiten, die ursprünglich die Verwandtschaft zum Princip hatten. Die Verbindung dieser einzelnen Theile zum Ganzen ist ungleich loser als die jener kleineren Kreise in sich. Im letzteren liegt die eigentliche Lebenskraft der Verfassung; sie sind Staaten im Kleinen, die sich zu einem Staatenbund vereinigt haben.

Der Geschlechterstaat in seiner Jugendkraft bezeichnet nicht bloß eine bestimmte Form staatlicher Verbindung, sondern eine bestimmte Stufe der gesammten politischen und rechtlichen Entwicklung. Die politische Function der Familie wirkt auf ihren privatrechtlichen Charakter zurück und umgekehrt die Form der Familienverbindung auf den politischen Geist, der das Ganze beseelt. Dies zeigt sich insbesondere auch in dem Verhalten zu dem Fremden. Da nur derjenige politisch berechtigt ist, der zu einem Geschlecht gehört, die Geschlechter gewissermaßen die Zugänge zum Staat besetzt halten, so öffnet sich dem Fremden der Zutritt zur Staatsverbindung nur, wenn er in ein Geschlecht Aufnahme findet. Diese Aufnahme ist jedoch nur in beschränkter Weise möglich: der Geschlechterstaat ist, wenn er sich nicht selbst aufgeben will, gezwungen exclusiv zu sein. Damit ist der Grund gelegt zu jenem Gegensatz, der für die ganze Entwicklung des Geschlechterstaats eine so entscheidende Bedeutung hat, dem Gegensatz zwischen den Mitgliedern der Geschlechter und den sonstigen Staatsangehörigen, denen, die activ an der Staatsgewalt participiren, und die ihr bloß passiv unterworfen sind. Je mehr die letztere Klasse an numerischer Stärke und an Wohlstand zunimmt, um so mehr strebt sie ihre rechtliche Stellung zu verbessern, und diese Bestrebungen und die ewige Friction, die sie hervorrufen, sind für die ganze Rechts- und Staatsentwicklung von den wohlthätigsten Folgen. Sie spornen auf beiden Seiten die vorhandenen Kräfte auf ihr höchstes Maß und erschließen eine unversieg-

bare Quelle politischer Intelligenz und Thatkraft. Es ist dies Verhältniß treffend verglichen[77]) mit „zwei aufeinander gefügten Mühlsteinen, durch deren Bewegung das wahre politische Leben erst hervortritt"; man könnte auch auf die Funken verweisen, die dem Feuerstein entsprühen, wenn der Stahl ihn trifft.

Neben dem Geschlechterstaat gibt es noch einen andern Ausfluß des Familienprincips, den patriarchalischen Staat. Der Unterschied beider liegt darin, daß die Familie dort bloß zur rechtlichen Basis des Staats gemacht wird, hier aber den Prototypus der ganzen Verfassung und Verwaltung gewährt. Das Verhältniß der staatlichen Unterordnung ist dem der Kinder zum Vater nachgebildet, die Macht des Staatsoberhauptes ist eine erweiterte väterliche Gewalt und wird in diesem Geiste gehandhabt. Beide Ausflüsse des Familienprincips können in einer und derselben Staatsverfassung zusammentreffen; der Geschlechterstaat begründet dann das Verhältniß in der „Seitenlinie", die politische Verbrüderung; der Patriarchalstaat das Verhältniß in „auf- und absteigender Linie", die politische patria potestas.

Es ist nun bemerkenswerth, daß dieser zweite Ausfluß des Familienprincips in Rom nicht oder nicht mehr hervortritt. Die Punkte, die er sonst einnehmen würde, nämlich die der Ueber- und Unterordnung, fallen hier der Wehrverfassung zu. Die Wehrverfassung steht auf der Stufenleiter von Formen der staatlichen Gemeinschaft höher als die Familienverfassung, insofern sie nämlich erstens nicht ein bloßes Naturproduct, sondern ein Werk menschlicher Ordnung und Einsicht ist, und zweitens trotz der härtern Disciplin, die sie in den Staat hineinbringt, doch

---

77) Von Göttling Geschichte der röm. Staatsverf. S. 285. Wenn er aber hinzufügt: „bis der härtere Stein des plebejischen Princips den weicheren des patricischen mürbe gerieben hatte", so mag diese Vertheilung der Härte und Weichheit für die beiden Mühlsteine durchaus zutreffen, für Patricier und Plebejer aber nichts weniger als das.

der privatrechtlichen Freiheit einen größeren Spielraum gewährt, die politische und privatrechtliche Existenz des Individuums nicht in dem Grade vermengt, wie dies in der Familienverfassung geschieht. Sie tritt als Form des Staats nicht selten auf, namentlich gern in Verbindung mit dem Grundeigenthum, nämlich im Lehnsstaat wie z. B. bei den Germanen und Osmanen, und dann auch in Verbindung mit dem Familienprincip wie wiederum bei den Germanen zur Zeit ihres ersten Auftretens in der Geschichte und in Rom. Mit dem Patriarchalstaat ist sie incompatibel; die demselben eigenthümliche Vererbung der Staatsämter würde ihrem Interesse schnurstracks entgegenlaufen, und ebenso ist auch die staatliche Unterordnung, die beide begründen, ihrem Geist nach eine völlig verschiedene. Es liegt die Vermuthung nahe, daß wo wir, wie bei den alten Römern und Germanen, die Wehrverfassung in Verbindung mit dem Geschlechterstaat auftreten sehen, erstere den Patriarchalstaat verdrängt hat. Der ursprünglich diese beiden Ausflüsse des Familienprincips in sich vereinigende Familienstaat erwies sich bei fortgesetzter kriegerischer Lebensweise unzureichend. Das militärische Interesse war vorherrschend und bewirkte, daß die erblichen Würden des Patriarchalstaats den nach persönlicher Tüchtigkeit vergebenen militärischen Aemtern Platz machten, die Geschlechtereintheilung aber sich den Anforderungen der Wehrverfassung fügte.

Indem wir uns jetzt unserer eigentlichen Aufgabe zuwenden, bemerken wir, daß dieselbe nicht bloß darin besteht, darzuthun, daß der ältere römische Staat auf dem Familienprincip und der Wehrverfassung beruhte, sondern ebensowohl darin den Einfluß nachzuweisen, den diese beiden Motive auf das ganze Recht ausgeübt haben. Wir befolgen dabei folgende Anordnung:

1. Das Familienprincip.
   a. das Wesen der Gentilverbindung §. 14.
   b. Stellung des Individuums zur Gemeinschaft §. 15.
   c. Stellung außerhalb der Gentilverbindung §. 16.
2. Der Einfluß der Wehrverfassung auf Staat und Recht §. 17.

1. Das Familienprincip.

Die Gentilverbindung — Die Gens eine Familie im Großen und ein Staat im Kleinen — Einfluß auf das gesammte Recht.

XIV. Der römische Geschlechterstaat gleicht einer Pyramide. Die Basis desselben bilden dreihundert Gentes, die in pyramidalischer Abstufung zuerst in dreißig Curien, sodann in drei Tribus und endlich in die persönliche Spitze des Ganzen, den König, zusammenlaufen. Nur die Gentes stehen hier zur Betrachtung; es ist bereits im vorigen Paragraphen bemerkt, daß nur sie dem Familienprincip, die Curien und Tribus aber sowie das Königthum der Wehrverfassung angehören. Daß die Gentes in der That auf dem Familienprincip beruhen, ist zwar in Abrede gestellt,[77a]) allein man hat dabei auf Unwesentliches Gewicht gelegt. Ob nämlich alle Mitglieder einer Gens wirklich denselben Stammvater gehabt haben, ob die Idee der Verwandtschaft sich im Laufe der Zeit völlig verloren, und die Gens sich in eine gewöhnliche politische Corporation verwandelt hat, das ist gleichgültig. Das Wesentliche ist, ob die Gens in ihrem ganzen Geist und Zuschnitt ursprünglich auf der Idee der Familienverbindung beruht, und ein Blick, sollte man sagen, müßte dies zur Evidenz

---

77a] Neuerdings am entschiedensten von Walter Röm. R.G. Aufl. 3. §. 14, der aber doch zugleich „den Typus der Familienverbindung als Vorbild" der Gentilverbindung anerkennt. Die Gründe, die er anführt, verdienen allerdings der Widerlegung, auf die ich mich jedoch hier nicht einlassen kann. Das etymologische Moment (Note 78) hat Walter gar nicht berücksichtigt, und doch wiegt es in meinen Augen als Zeugniß aus ältester Zeit unendlich viel schwerer, als die Definitionen der „gentiles" vom Standpunkt des spätern Rechts aus. Können gelegentliche Aeußerungen der spätern Schriftsteller in die Wagschale geworfen werden, so möge für die obige Ansicht auch Liv. II, 48: velut familiare bellum mit figuriren.

erheben. Die Sprache gibt uns in der Bezeichnung gens: Geschlecht den deutlichsten Fingerzeig.[78])

Wir wenden uns zuerst der inneren Organisation der Gens zu und fassen das Resultat der folgenden Ausführung in den Satz zusammen, daß die Gens die Identität der Familie und des Staats ist, sich, wie man will, als eine Familie mit politischem Charakter und als eine politische Verbindung mit familienartigem Charakter bezeichnen läßt. Sie geht hervor aus der Familie und bewahrt sich die Innigkeit dieser Verbindung; indem sie aber andererseits eine politische Institution wird, wirkt diese ihre politische Seite ebenso sehr auf ihre familienrechtliche Seite zurück, wie letztere auf jene. Beide Seiten laufen so in einander über, daß eine genaue Scheidung derselben kaum möglich ist.

Da die Gentilitätsverbindung schon früh ihre wesentliche Bedeutung verlor, so ist es nicht zu verwundern, daß unsere Nachrichten über sie nur dürftig und unvollständig sind. Aber es ragen doch noch einzelne erhaltene Punkte hervor, aus denen sich mit Hülfe sonstiger historischer Analogien und der inneren Consequenz der Sache das Wesen jener Verbindung bestimmen läßt. Wir wollen diesen Versuch machen.

Die Verbindung, welche die Gens begründet, umfaßt die ganze Existenz des Einzelnen; alle Interessen, die sein Leben bewegen, weisen ihn auf sie zurück und finden innerhalb ihrer theils ihre ausschließliche Befriedigung theils wenigstens Anknüpfungspunkte. Die Verehrung der Götter wie der Waffendienst und die Ausübung politischer Thätigkeit führt die Gentilen stets wieder zusammen, nach dem Tode ruhen sie in gemeinschaftlichen Erbbegräbnissen zusammen. In den heiligsten und ernstesten Momenten des Lebens, im Tempel wie auf dem Schlachtfelde stehen sie sich zur Seite; Schande und Ehre, Glück und Unglück

---

78) Gens, genus vom Sanskr. dschan, geboren werden. Der Name decuria bezeichnet die gens von Seiten ihrer Stellung in der Wehrverfassung. S. §. 17.

ist gemeinsam. Der Glanz und der Ruhm der Gens kommt dem Einzelnen zu Gute, wie umgekehrt seine Thaten auf sie Schatten oder Licht werfen. Darum nimmt die Gens an den Schicksalen und Handlungen des Einzelnen das lebendigste Interesse; er steht ja zu ihr nicht in dem losen Verbande eines Corporationsmitgliedes, das nur gemeinsame Rechte mit ihr auszuüben hat, sondern in dem eines Familienmitgliedes, dessen Wohl und Wehe, Schande und Ehre die ganze Familie berühren.

Dies äußert sich auf doppelte Weise, nämlich theils in dem Anrecht, das der Einzelne an die Gens, theils in dem, das sie an ihn hat. Jenes besteht in dem Anspruch auf Schutz und Unterstützung, dieses in den Beschränkungen, denen der Einzelne im Interesse der Gens unterworfen ist.

Die gegenseitige Unterstützungspflicht der Verwandten ist einer der natürlichsten und regulärsten Ausflüsse des Familienprincips. Die Form, in der, und das Maß, bis zu dem sie Statt findet, ist bei verschiedenen Völkern verschieden; sie steigert sich bei einigen bis zur Blutrache, bei andern wie z. B. den Germanen äußert sie sich in der Verpflichtung einen Antheil am Wehrgeld beizusteuern.[79])

Was nun den Umfang dieser Verpflichtung im ältesten römischen Recht anbetrifft, so wird zunächst die Annahme einer rechtlichen Vertretungspflicht schwerlich auf Widerspruch stoßen. Ein Anwendungsfall derselben ist uns ausdrücklich bezeugt, nämlich die Vormundschaft.[80]) Fehlte es nämlich an einem Vor-

---

79) S. von Sybel Entstehung des deutschen Königthums S. 20 u. flg. und Waitz Deutsche Verfassungsgeschichte B. 1 S. 212—215 u. Beil. 1 von der s. g. Gesammtbürgschaft.

80) Cicero de invent. II. 50 nennt zwar nur die cura furiosi (s. auch Varro de re rustica I, 12 mente est captus atque ad agnatos et gentiles est deducendus), es kann aber schon wegen des durchgehenden Parallelismus zwischen Erbrecht und Vormundschaft keinem Zweifel unterliegen, daß die Gentilen, wie sie hinter den Agnaten zur Erbschaft, so auch hinter ihnen zur Tutel gerufen waren. S. des weitern Rudorff Das Recht der Vormundschaft B. 1 S. 210 u. flg.

munde, so traten zur Aushülfe die Gentilen ein. Dies ist begreiflicherweise nicht so zu verstehen, als ob sämmtliche Mitglieder der Gens die Vormundschaft geführt hätten, sondern durch ein Decret derselben wurde sie einem unter ihnen übertragen. Die Vorsorge der Gens beschränkte sich aber nicht bloß auf die Bestellung des Vormundes, sondern schloß ohne Zweifel auch eine Beaufsichtigung desselben in sich. Dem unfähigen und verdächtigen Vormund gab die Gens auf sein Amt niederzulegen oder es einem Andern zu cediren (tutela cessicia); sträubte er sich, so konnte sie ursprünglich gewiß selbst seine Absetzung verfügen, im spätern Recht aber dieselbe dadurch herbeiführen, daß sie Einen aus ihrer Mitte zur Anstellung der actio suspecti tutoris veranlaßte. Diese Klage war eine Popularklage, die jeder aus dem Volk erheben konnte, und das ältere Recht kennt noch einige andere, mittelst deren Jemand in gleicher Weise das Interesse einer andern Person wahrnehmen kann. Sie bilden zu der Strenge, mit der dies Recht im übrigen an der Sachlegitimation festhält, einen auffallenden Gegensatz, und ich bin geneigt sie als Ausflüsse des Familienprincips aufzufassen.[81]) Wenn Jemand außer Stand war sich selbst zu vertheidigen und dem Mangel durch Bestellung eines Vormundes nicht abzuhelfen war, so lag es, wenn nicht die nächsten Verwandten sich seiner annahmen, der Gens ob ihm den nöthigen Schutz zu ertheilen. Dahin gehört z. B. der Fall, wenn er sich in feindlicher Gefangenschaft befand. Sein zurückgelassenes Vermögen war hier ohne

---

81) Die spätern römischen Juristen nehmen an, daß das ältere Recht hier seinen Grundsatz: nemo alieno nomine lege agere potest verlassen habe. Allein nach der im Text versuchten Anknüpfung dieser Klage an die alte Gentilverfassung würde die vermeintliche Singularität verschwinden. Die Gens ist nicht irregulärerweise berechtigt für ihr hülfloses Mitglied eine Klage erheben zu lassen, sondern sie ist verpflichtet sich seiner anzunehmen. Die angestellte Klage macht also zunächst Recht und Pflicht der Gens selbst geltend, und nur mittelbar kommt sie dem Interessirten zu Gute.

Aufsicht, es bedurfte offenbar eines Schutzes. Das spätere Recht gewährt denselben in Form einer Popularklage, der actio furti gegen jeden, der Sachen aus diesem Vermögen entwandt hat; im ältesten Recht ersetzte die Gentilitätsverbindung diesen Mangel. Hierher gehört ferner der Fall, wenn ein Gentile unrechtmäßigerweise in Rom selbst in Haft gehalten wurde, sei es als angeblicher Sklave oder wegen behaupteter Schuld. Trat hier nicht aus eignem Antriebe Jemand als vindex auf, so war es Sache der Gens für die Bestellung eines solchen Sorge zu tragen. Sie verfolgte damit nicht bloß ihr eignes Interesse, sondern erfüllte zugleich eine ihr obliegende Pflicht. Derselbe Gesichtspunkt bethätigte sich daran, daß wenn eins ihrer Mitglieder erschlagen, und kein näherer Verwandter vorhanden oder fähig war ihn zu rächen, ihr das Rächeramt zufiel. Noch in späterer Zeit wird es den Verwandten zur Pflicht gemacht in rechtlichem Wege den Mörder zu verfolgen; was aber in späterer Zeit in Form der Klage bewirkt wird, geschah ursprünglich in Form der Selbsthülfe. In einer Einrichtung, die auf ein angebliches Gesetz des Numa zurückgeführt ward, läßt sich noch eine Spur der alten Blutrache erkennen.[82]) Wenn Jemand einen andern aus Versehen getödtet hatte, so mußte er den Verwandten desselben einen Widder stellen; es war der Sündenbock, an dem sie statt seiner die Todesstrafe vollzogen.[83]) Das vergossene Blut forderte wieder Blut; hatten die Verwandten im Fall des un-

---

82) Serv. ad Virg. Eclog. IV, 43. In legibus Numae cautum est, ut si quis imprudens occidisset hominem pro capite occisi agnatis (nach der glücklichen Conjectur von Huschke statt des handschriftlichen et natis) ejus in concione offerret arietem.

83) Fest. Subigere arietem in eodem libro Antistius esse ait dare arietem, qui pro se agatur, caedatur. Ueber den Zweck des Opfers laufen die Ansichten freilich sehr auseinander. S. Rein Das röm. Kriminalrecht S. 403. Die im Text vorgetragene ist die von Ed. Platner Quaest. de jure crimin. p. 37. Der Widder erscheint auch anderwärts als Vertreter des Schuldigen s. z. B. Arnob. adv. gent. V. c. 21.

vorsätzlichen Todtschlages diese Forderung geltend zu machen, so galt das um so eher im Fall des Mordes.

Wie das Unvermögen des einzelnen Gentilen sich selbst zu rächen oder sein Recht geltend zu machen, die Gens zur Rache oder zum Beistand verpflichtete, so legte auch pecuniäres Unvermögen desselben ihr die Verpflichtung zur Unterstützung auf. Die Klassiker[84]) bezeugen uns dies für den Fall des Loskaufes aus feindlicher Gefangenschaft für schwere, ungewöhnliche Staatsabgaben und selbst für die über ein einzelnes Mitglied verhängten Geldbußen. Ob diese Verpflichtung mehr sittlicher als juristischer Art war, ob sie im letztern Fall sogar, wie dies bei den Germanen hinsichtlich der Pflicht einen Theil des Wehrgeldes zu entrichten Statt fand,[85]) von dritten Personen geltend gemacht werden konnte, ob sie also mit andern Worten eine eventuelle Haftungspflicht der Gens in sich schloß, läßt sich nicht bestimmen. Dagegen darf man annehmen, daß es ein Ehrenpunkt für die Gens war ihre durch unverschuldete Armuth in Noth z. B. in Schuldhaft gerathenen Mitglieder nicht im Stich zu lassen. Ob sie in feindlicher Gefangenschaft oder in Rom selbst im Kerker schmachteten und den Verkauf trans Tiberim zu gewärtigen hatten, war in der That gleichgültig.

Die erforderliche Beisteuer mochte theils durch freiwillige Beiträge aufgebracht, theils durch ein Decret der Gens ausgeschrieben werden. Es ist denkbar, daß auch das Vermögen der Gens, worüber nachher ein mehreres, für solche Zwecke in Anspruch genommen ward.

---

84) S. die Zeugnisse bei Walter Röm. Rechtsgesch. Aufl. 3. §. 15 Note 28—30. Diese Pflicht wiederholt sich übrigens auch bei den Clienten und Tribulen s. z. B. Liv. V, 32 accitis tribulibus clientibusque quum responsum tulisset: se collaturos quanti damnatus esset, ibid. XXXVIII, 60.

85) Das angelsächsische Recht ist in dieser Beziehung am weitesten gegangen, indem es neben den Verwandten die gegyldan d. h. nach Sybels treffender Bezeichnungsweise die Ersatzmänner der alten Gentilen, zu einem Dritttheil, eventuell zur Hälfte des Wehrgeldes heranzog.

Diese gegenseitige Unterstützungspflicht, man möchte sie eine Assekuranz gegen Noth und Unbill nennen, gab den Patriciern den Plebejern gegenüber ein außerordentliches Uebergewicht. In dieser privatrechtlichen Verbrüderung lag vielleicht ebenso sehr der Grund ihrer unverwüstlichen Widerstandskraft als in ihrer dominirenden staatsrechtlichen Stellung.

Es liegt auf der Hand, daß diesem Anrecht, das der Einzelne an der Gens hatte, Beschränkungen und Verpflichtungen von seiner Seite correspondiren mußten. War er auf die Gens, so war sie wiederum auf ihn verwiesen: beide Seiten dieses Verhältnisses waren Ausflüsse derselben Grundidee und bedingten sich gegenseitig.

Der Gesichtspunkt, der diesen Beschränkungen, die wir gleich im Einzelnen kennen lernen wollen, zu Grunde liegt, ist der eines coordinirten Verhältnisses sämmtlicher Gentilen, das gegenseitige Rechte und Verpflichtungen mit sich führt. Ich muß diese Bemerkung um so mehr betonen, als der Anschein mit ihr in Widerspruch steht, die richtige Auffassung jenes Verhältnisses meiner Ansicht nach aber eine den engen Kreis der Gens weit überragende Bedeutung hat. Es soll im folgenden Paragraphen nachgewiesen werden, daß auch das Verhältniß des Einzelnen sowie der Gens zum Gesammtstaat das der Coordination ist, und nur innerhalb der Wehrverfassung eine Subordination hervortritt. Insofern nun der Gesammtstaat nur eine Gens im vergrößerten Maßstabe ist, sowie man die Gens einen Staat im verkleinerten nennen kann, müssen wir bereits hier jenes durchgehende Verhältniß der staatlichen Gemeinschaft genau ins Auge fassen. Die Beschränkungen, die wir hier finden werden, wiederholen sich dort; überzeugen wir uns hier gleich, daß sie nicht auf der Idee staatlicher Unterordnung beruhen.

Die Gens ist nichts als der Complex sämmtlicher Gentilen, und ihre Bezeichnung mit dem Ausdruck: gentiles drückt mit einem Wort das wahre Wesen derselben aus. Ist sie nämlich nur der Complex der Gentilen, so kann sie auch keine höhere

Macht haben als letztere selbst, oder mit andern Worten das einzelne Mitglied steht nicht unter der Gens, sondern neben den Gentilen. Das Verhältniß wird dadurch kein anderes, daß dieselben einen aus ihrer Mitte zum Vorsteher (decurio) wählen. Abgesehen von seiner militärischen Function, nach der er seinen Namen trägt, hat er Nichts zu befehlen, sondern nur die Verhandlungen der Gens zu leiten und in ihrem Namen das Opfer darzubringen. Die Conservirung des ursprünglichen Familienbandes in der Gens beschränkt sich auf das Verhältniß der Brüder untereinander; das der patria potestas ist weder in der Gens noch in dem Gesammtstaat staatsrechtlich nachgebildet.

Wenn nun dies coordinirte Verhältniß der Verbrüderung dem Einzelnen Beschränkungen auferlegt, so sind dieselben nicht anders aufzufassen als der Preis, um den er der Vortheile dieses Verhältnisses theilhaftig ist; sie tragen keinen andern Charakter als die Beschränkungen, denen sich Jemand durch Eintritt in irgend eine privatrechtliche Verbindung, ja durch Abschluß eines Vertrags unterwirft. Wenn das Mitglied einer solchen Verbindung sich durch sein Benehmen derselben unwürdig macht, was liegt näher als ihn zu excludiren? Eine andere Bewandtniß aber hat es auch nicht mit jener sittenrichterlichen Gewalt der Gens, von der uns als einzelnes Beispiel die Verdammung des Gedächtnisses eines unwürdigen Gentilen nach seinem Tode so wie der Beschluß, daß Niemand fortan seinen Namen tragen solle, aufbewahrt ist. Man hat darauf den gewiß unbedenklichen Schluß gebaut, daß jenes Mitglied bei Lebzeiten die Strafe des Ausschlusses aus der Gens erlitten haben würde. Das enge Verhältniß der Gentilen und die Solidarität ihrer Ehre schloß eine solche Sorge für die sittliche Reinheit und den guten Namen ihrer Genossenschaft nothwendigerweise in sich.

Als geringere Strafe erscheint die Ausschließung von dem gentilicischen Gottesdienst. Andere Strafen werden uns zwar nicht bezeugt, allein sie sind mittelbar durch jene beiden möglich

gemacht. Wenn die Gens z. B. über ein Mitglied, das sich gegen sie vergangen, eine Geldstrafe verhängt hatte, so brauchte letzteres sich dem Beschluß zwar nicht zu fügen — denn wie konnten seine Genossen ihn strafen, ihm etwas von dem Seinigen entziehen? — aber andererseits konnten letztere dann erklären, daß sie ihn nicht länger beim Gottesdienst oder überhaupt nicht länger in ihrer Mitte dulden wollten. In dieser Negative lag das indirecte Zwangsmittel zur Entrichtung der positiven Strafe. Diese Entrichtung stützte sich also auf die eigne Wahl des Bestraften, auf seine Einwilligung, und ich darf hier, wo uns zum ersten Mal die Strafe als Institut des öffentlichen Rechts begegnet, gleich darauf aufmerksam machen, daß auch sie sich jenem Fundamentalgrundsatz fügt, den wir im vorigen Abschnitt nachgewiesen haben, daß nämlich der subjective Wille der Urquell der Berechtigung und Verpflichtung ist. Der Schuldige fügt sich dem Strafurtheil der Gens, weil er sonst die Ausstoßung aus ihrer Mitte zu gewärtigen hätte. [85a])

Dies negative Strafmittel ersetzte also der Gens vollständig den Mangel einer positiven Strafgewalt oder richtiger es schloß letztere dem Erfolg nach in sich, ähnlich wie dies die Excommunication im Mittelalter in Bezug auf die kirchliche Strafgewalt that. Es war damit der Gens möglich gemacht eine sittenrichterliche Gewalt über das einzelne Mitglied auszuüben, auf indirectem Wege jene, soll ich sagen, theoretisch unbeschränkte Freiheit des Individuums in höchst wirksamer Weise zu temperiren, und wir dürfen annehmen, daß sie davon einen ausgedehnten Gebrauch

---

85a) Dasselbe Verhältniß, wie Cicero pro Caec. c. 33 und 34 es in einem andern Fall auffaßt: quam multam si sufferre voluissent, tum manere in civitate potuissent. Höchst charakteristisch für die Vorstellung der ältesten Zeit ist auch, daß die Strafe, welche der Schwörende für den Fall des Meineids auf sich herab beschwört, in Ausschließung besteht Festus sub Lapidem: arce bonisque ejiciat, vollständiger bei Polybius III. 25, *ἐπὶ τῶν ἰδίων βίων, ἱερῶν τάφων ἐγὼ μόνος ἐκπέσοιμι.* Danz, Der sacrale Schutz. S. 13 fl.

gemacht hat. Es war eine ächt römische Idee, daß zwar die individuelle Freiheit eines möglichen Mißbrauches wegen rechtlich nicht beschränkt werden dürfe, dem Mißbrauch aber auf anderm Wege durch die sittenpolizeiliche Gewalt des Censors gesteuert werden müsse. Wenn dieses für unsere Auffassung im hohen Grade befremdliche Eingreifen des Censors in das Privatleben der römischen Sinnesweise selbst zur Zeit der höchsten Freiheitsentwicklung nicht widerstrebte, so darf man um so eher der ältern Zeit eine gleiche Ansicht unterlegen. Theils nämlich, weil diese Idee überhaupt eine patriarchalische, kindlich naive ist, theils und vor allem aber weil die sittenrichterliche Gewalt in die alte Gentilverfassung ungleich mehr paßt als in den Zusammenhang der spätern Verfassung. Daß ein öffentlicher Beamter den Bürger wegen Unfleißes, Leichtsinnes u. s. w. zur Verantwortung zieht, hat etwas viel Herberes, enthält einen weit schrofferen Eingriff in die Rechtssphäre des Einzelnen, als wenn die Genossen, die ihn im Nothfall unterstützen sollen, sich denselben erlauben. Hinsichtlich der letztern ist es ein durch ihr eigenes Interesse und die Rücksicht auf den guten Ruf ihrer Genossenschaft gebotenes Sicherungsmittel; es sind Familienmitglieder, die ihm eine Warnung ertheilen, kein Dritter wird hinzugezogen. Jene sittenrichterliche Gewalt des Censors hat in der Familie ihren natürlichen Ausgangspunkt.

Weit entfernt also, die Einführung der sittenrichterlichen Gewalt in Rom von der Censur an zu datiren, erblicke ich in letzterer nichts als die spätere Gestalt einer uralten Einrichtung, eine Handhabung derselben von Seiten des Gesammtstaats gegenüber Plebejern sowohl wie Patriciern, während dieselbe bis dahin an die patricische Gentilverfassung geknüpft gewesen war. Es ist bezeichnend, daß die Censur zwei Jahre nach der lex Canuleja, die den Plebejern das connubium mit den Patriciern verlieh, eingeführt ward, und daß sie in demselben Maße an Macht und Einfluß zunimmt, wie die alte Gentilverfassung daran einbüßt. Nachdem durch jenes Gesetz die familienrechtliche Schei-

dewand zwischen Patriciern und Plebejern niedergerissen war, legte die Censur den Keim zu einer Verallgemeinerung jener ursprünglich patricischen Sittenpolizei. Die Idee war eine alte, die Form eine neue und bedingt durch den Mangel des Gentilitätsverbandes bei den Plebejern. Die Strafmittel, die dem Censor zu Gebote standen, hatten denselben Charakter, wie bei der Gens, nämlich den der Ausschließung (von der Tribus, dem Senat, den Rittern); sie beruhten auf derselben Idee wie bei ihr, nämlich daß die Gemeinschaft kein Recht habe den Einzelnen wegen seiner Unwürdigkeit zu strafen, wohl aber sich von ihm loszusagen.

Diese charakteristische Eigenthümlichkeit der censorischen Strafen möge noch als Argument für meine Ansicht aufgeführt werden.[86] Der wahre, innere Grund für letztere aber liegt darin, daß die römische Sittenpolizei in dem Maße ein Ausfluß des Familienprincips ist, daß die Handhabung derselben von Seiten des Censors nicht bloß berechtigt auf eine frühere Ausübung derselben durch die Gens zurückzuschließen, sondern daß sie selbst erst vermittelst dieser Anknüpfung an die Familie verständlich wird. Jene Gewalt des Censors konnte nur dadurch gedeihen, daß sie als etwas Althergebrachtes und Gewohntes von der Gens hinübergenommen war; auf dem Boden der Gentilverfassung hatte sie sich erst bilden und entwickeln müssen, um außerhalb desselben fortbestehen zu können.

Dem Bisherigen nach wird es keinem Bedenken unterliegen dieser Sittenpolizei in ihrer ursprünglichen Gestalt mindestens denselben Umfang zuzuweisen, den sie später in den Händen des Censors hatte. Es ist aber bekannt, daß der Censor nicht bloß wegen grausamer, unehrenhafter, unsittlicher Handlungen zur Verantwortung zog, sondern auch wegen verkehrter oder leichtsinniger ökonomischer Lebensweise. Sein Einschreiten läßt sich

86) Es wird auch der Spruch der Gens gerade wie der des Censors nota genannt. Liv. IV. 20 gentilicia nota adjecta.

auf den Gesichtspunkt zurückführen, daß es Statt fand überall, wo Jemand der stillschweigenden Voraussetzung, unter der das Recht ihm eine unbeschränkte Freiheit zugestanden hatte, der des würdigen, verständigen Gebrauchs derselben nicht entsprochen hatte; es gewährte das außerhalb des Privatrechts liegende Temperament und Gegengewicht jener extremen Freiheit. So dürfen wir der gleichen Gewalt der Gens für die älteste Zeit dieselbe Bedeutung beilegen. Sie vermittelt das Princip des subjectiven Willens, das die Möglichkeit der unsittlichsten Consequenzen in sich schließt, mit der Sittlichkeit. Sie schützt die Kinder, Frauen und Sklaven, die jenes Princip der Gewalt des Hausherrn ohne Einschränkungen überliefert, gegen grausame und tyrannische Behandlung. Glaubte der Vater oder Ehemann zur Ausübung seines jus necis ac vitae berechtigt zu sein, so lag nichts näher als die Gens zur Assistenz aufzufordern, und die Familiengerichte der spätern Zeit sind schwerlich das Product dieser spätern Zeit,[87]) sondern finden ihren natürlichen Ausgangspunkt in der Gentilverfassung, in der Sittenpolizei der Gens sowohl als in ihrer Verpflichtung sich auch ihrer in der patria potestas stehenden Mitglieder anzunehmen. Die Gens mahnt den Verschwender, der nach der Consequenz des Eigenthumsbegriffes das Erbthum seiner Väter durchbringen darf, der Pflichten gegen die Seinigen eingedenk zu sein. Beachtet er die Mahnung nicht, so entzieht sie ihm die Vermögensverwaltung durch eine cura prodigi. Daß wir in letzterer einen Ausfluß und Rest des Familienprincips vor uns haben, bedarf wohl keiner Bemerkung; sie sichert ebenso sehr das Erbrecht der nächsten Verwandten des Verschwenders wie sie die Gens gegen die Gefahr in Schutz nimmt, daß letzterer ihr demnächst zur Last falle.

Es möge schließlich noch der hohen politischen Bedeutung dieser gentilicischen Sittenpolizei gedacht werden. Sie war ein wesentliches Moment für den Einfluß, den die Patricier durch

87) So Klenze Zeitschr. für hist. Rechtsw. Bd. 6 S. 21 u. fl.

ihre corporative Stellung ausübten. Ein Stand, der fest zusammenhält und seine Mitglieder in Noth unterstützt, wird immer ein bedeutendes Uebergewicht über alle andern haben. Dies Uebergewicht läßt sich aber nur dann dauernd behaupten, wenn ein höherer Grad der Ehre und sittlicher Reinheit den Widerspruch, der sich stets dagegen erheben wird, versöhnt. Durch sittenpolizeiliche Gewalt der Corporation über ihre Mitglieder kann dies letzte Gut nicht geschaffen, wohl aber erhalten und gefördert werden, und jene Einfachheit und Reinheit patricischer Sitte, die selbst der Parteihaß der Plebejer nicht in Abrede zu stellen wagte,[88]) und die begreiflicherweise die politische Position der Patricier außerordentlich verstärken mußte, sie kommt vor allem mit auf Rechnung jener gentilicischen Sittenpolizei. Der praktische Instinct der Römer hatte von vornherein erkannt, daß die Freiheit, um Macht zu sein, sich selbst Schranken auflegen muß, und jener wilde Sinn, aus dem das Princip des subjectiven Willens hervorging, nahm keinen Anstoß daran, daß dies Princip dem Erfolg nach Beschränkungen unterworfen ward, die selbst unserm siechen Persönlichkeitsgefühl als unerträgliche Bevormundung erscheinen würden. Der wesentliche Unterschied liegt freilich darin, daß diese Beschränkungen in Rom das Werk des eignen Willens waren, den gern gezahlten Preis enthielten, um den man ein Gut erkaufte, das in diesem Princip selbst nicht lag, nämlich Schutz, Hülfe und Unterstützung von Seiten der Genossen.

Fassen wir jetzt die übrigen Beschränkungen ins Auge, welche die Gentilverfassung nach sich zog. Von dem in derselben liegenden Autonomierecht der Gens braucht weiter nichts gesagt zu werden, als daß auch hier die bindende Kraft ihrer Beschlüsse sich

---

88) „Niemals wird ihnen von den Plebejern Mangel an sanctitas und castitas vorgeworfen." Rubino Untersuchungen über röm. Verf. und Gesch. B. 1 S. 230 Anm. 3, der das Zeugniß von Cicero de republ. II, 34 anführt: quum honore longe antecellerent ceteris, voluptatibus erant inferiores.

auf vertragsmäßige gegenseitige Verpflichtung der einzelnen Mitglieder zurückführen läßt. Der Wirkung nach kommen diese Beschlüsse Gesetzen gleich, der Form nach sind sie Verabredungen der einzelnen Gentilen. Auch das Gesetz knüpft in Rom an den Gesichtspunkt des Vertrages sämmtlicher Einzelnen d. h. an unser Princip des subjectiven Willens an, und wir werden im folgenden Paragraphen den Versuch machen die gesetzgebende Gewalt des Gesammtstaats nicht minder unter diesen Gesichtspunkt zu bringen als hier die der Gens.

Die Beschränkungen, die wir jetzt noch kennen zu lernen haben, beziehen sich auf das ältere Familien- und Vermögensrecht. Wir dürfen dabei auch diejenigen berücksichtigen, die, ohne gerade im Interesse der Gens eingeführt zu sein, sich doch als Consequenzen oder Ausflüsse des Familienprincips darstellen. Als solche erscheinen uns namentlich die hinsichtlich der Ehe Statt findenden. Im spätern römischen Recht ist die Ehe ein sehr profanes und hinsichtlich ihrer Dauer ganz in das Belieben der Gatten gestelltes Verhältniß. Im ältern Staat, der ganz auf das Familienprincip gebaut war, ward sie mit besonderm Ernst behandelt. Die Eingehung war ein religiöser Akt und die Auflösung derselben nur in sehr wenig Fällen und nur unter Mitwirkung der Priester möglich. Zehn Zeugen nahmen bei beiden Akten Theil; sie vertraten entweder die zehn Gentes der Curie oder die zehn Curien derjenigen Tribus, zu welcher der Mann gehörte. In ihrer Zuziehung liegt der Gedanke ausgesprochen, daß die Ehe des Einzelnen für den ganzen Stamm von Bedeutung und Interesse, ein öffentliches Ereigniß ist. Vielleicht hatte diese Form auch den praktischen Zweck die juristische Möglichkeit der Ehe, insbesondere das Dasein des connubium zu constatiren. Das ältere römische Recht erlaubte sich unsers Wissens nicht[89]) in die private Rechtssphäre in der Weise einzugreifen,

89) Wie z. B. das Recht orientalischer Völker. Selbst bei den Sachsen soll Ehe zwischen Nicht-Standesgenossen bei Todesstrafe verboten gewesen sein. S. Waitz Deutsche Verfassungsgesch. B. 1 S. 84 Anm. 2.

daß es Verbindungen mit Personen, denen das connubium fehlte, bei Strafe untersagt hätte, sondern es beschränkte sich darauf diesen Verbindungen den Charakter einer römischen Ehe abzusprechen, d. h. auf Frau und Kinder fand das römische Familienrecht keine Anwendung, die ganze Nachkommenschaft war von der Gens ausgeschlossen. Auch diese Beschränkung stellt sich also wieder nicht als eine absolute dar, sondern als eine solche, der man sich freiwillig unterwarf, um seinen Kindern das Gentilitätsrecht zu sichern. Die Idee des connubium ist übrigens für die Rechtsanschauung, mit der wir uns hier beschäftigen, ganz charakteristisch. Sie beruht auf jenem horror alieni, der die Kehrseite des festen, familienartigen Zusammenhaltens bildet, auf jenem Bestreben alle fremdartigen Elemente fernzuhalten und sich nur aus sich selbst zu ergänzen.[90]) Seiner ursprünglichen Idee nach war das connubium auf die Mitglieder des Geschlechterstaats beschränkt; über sie hinaus mußte es selbst stammverwandten Völkern erst verliehen oder mit ihnen vereinbart werden.

Wo die Familie frei und beweglich ist, kann auch das Vermögen es sein; wo jene gebunden ist, zieht dies für letztere dieselbe Folge nach sich. Die römische Gentilverfassung war nicht vereinbar mit der vermögensrechtlichen Freiheit der spätern Zeit, letztere kann sich erst auf den Trümmern jener gebildet haben. Sollte die Gens stetig und fest sein, so mußte sie ein festes materielles Fundament unter sich haben, es mußte eine gewisse gesicherte Verbindung zwischen ihr und dem in ihr befindlichen Vermögen hergestellt sein. Wir haben bereits die Sittenpolizei der Gens als ein Mittel kennen lernen, der Dilapidation des Ver-

---

90) Die Beschränkung der Freigelassenen weiblichen Geschlechts nicht aus der Gens herauszuheirathen, beruhte auf einem andern Grunde, nämlich auf dem Interesse der Gens dieselben in ihrem Hörigkeitsverhältniß zu ihr zu erhalten. Durch Verheirathung mit einem zu einer andern Gens gehörigen Freigelassenen oder Clienten trat die Freigelassene aus jenem Verbande heraus. Mitunter wurde dies (d. i. die gentis enuptio) bewilligt.

mögens vorzubeugen, aber dasselbe war nur von beschränkter Wirksamkeit. Denn wie, wenn ein Mitglied mit seinem ganzen Vermögen in eine andere Gens übertreten oder es in seinem Testament Nichtmitgliedern zuwenden wollte? War dies unbedingt erlaubt, so konnte eine Gens verarmen; die Lasten derselben hätten für den Einzelnen in demselben Maße drückender, der Trieb sich ihnen durch Austritt aus der Gens zu entziehen in eben dem Grade stärker werden können.

Von dieser politischen Bedeutung des Vermögens ausgehend haben Manche sich zu der Annahme verleiten lassen das Privateigenthum an Grund und Boden für den ältesten Staat völlig zu läugnen und den ager publicus an dessen Stelle zu setzen.[91] Es scheint mir dies aber ein gefährlicher, weit über sein Ziel hinausfliegender Schluß zu sein.[92] Unsere Quellen widersprechen dieser Annahme mehr, als daß sie dieselbe bestätigen,[93] und abgesehen von ihnen müßte man die dringendsten allgemeinen Gründe haben, um einem Volke, bei dem das Princip des Privatrechts von Anfang an in größter Schärfe und Bestimmtheit hervortritt, gerade das wichtigste Eigenthum, das an Grund und Boden, abzusprechen. Zur Zeit der XII Tafeln erscheint letzteres bereits in ausgebildeter Gestalt,[94] keine Spur, kein leiser Anklang findet sich darin von dem angeblichen frühern Zustande.

---

91) Wenn man an diesem ager publicus ein vererbliches und veräußerliches Recht der Benutzung annehmen will, so führt man das Privateigenthum, das man dem Wort nach läugnet, unter anderm Namen wieder ein. Der Sache nach wäre dies Recht ebenso gut Privateigenthum gewesen wie das an Provinzialgrundstücken, die theoretisch im Eigenthum des römischen Staats standen, und das Interesse der Gentilverfassung hätte gegen die freie Veräußerlichkeit unter Lebenden und im Testament ebenso geschützt sein müssen, wie wir es nachher im Text ausführen werden.

92) Huschke hat ihn meiner Ansicht nach mit Recht als einen Grundirrthum Niebuhrs bezeichnet.

93) S. Walter Röm. Rechtsgeschichte Aufl. 3 §. 18.

94) Ich erinnere z. B. an die Bestimmung der XII Tafeln über die Usucapion unbeweglicher Sachen, die Servituten u. s. w.

Hatte jenes plebejische Princip, dem man das Privateigenthum an Grund und Boden zuweist, bereits zur Zeit der XII Tafeln das patricische Princip so vollständig und seit so langer Zeit über den Haufen gestürzt, daß auch nicht eine einzige Reminiscenz davon übrig geblieben war? Und dies soll beim Grundeigenthum und noch dazu während der Dauer des Geschlechterstaats geschehen sein? — zwei Verhältnisse, an denen sich jene bekannte conservative Kraft der römischen Rechtsideen im verdoppelten und vervierfachten Maße hätte bewähren müssen? Dies hätte ferner durch die Plebejer geschehen sollen, sie, die damals noch in einer sehr bescheidenen und gedrückten Stellung lebten, sie, die nach jener Annahme Privateigenthum an Grund und Boden kannten und gar kein Interesse daran hatten, den Patriciern dasselbe aufzuzwingen?

Die ganze Ansicht enthält eine Häufung von Undenkbarkeiten und einen Verstoß gegen den sonstigen Charakter der römischen Rechtsbildung, indem sie ihr zumuthet, daß sie ihre gewohnte Langsamkeit, Gleichmäßigkeit und Entwicklung von innen heraus dies eine Mal völlig hätte verläugnen, an sich selbst hätte untreu werden sollen. Eine der fundamentalsten Einrichtungen des römischen Staats hätte in der ersten Hälfte der Königszeit noch in Blüthe stehen und bereits in der zweiten Hälfte in ihr gerades Gegentheil umschlagen müssen. Und diese colossale Revolution des ganzen Rechtszustandes — denn in ihren Folgen war sie das — wird nur motivirt durch den Sieg eines angeblich von vornherein völlig entgegengesetzten Princips; nicht durch inneres Bedürfniß, nicht durch Entwicklung von innen heraus, sondern durch die Macht des plebejischen Beispiels und durch äußeres Hineintragen eines an sich Fremden. Ohne Erschütterungen wäre diese Revolution vorübergegangen, keine Spur davon hätte sich in der Erinnerung des Volks, keine leise Reminiscenz im Recht selbst erhalten! Das freie unbeschränkte Privateigenthum aber, wie es bei den Plebejern bestanden, hätte jetzt an die Stelle tre-

ten sollen, ohne daß die Gentilverfassung, deren innerstes Wesen sich dagegen sträubte, sofort den Todesstoß erhalten hätte?

Nein, es ist dieselbe Verkehrtheit das ursprüngliche Privateigenthum innerhalb des Geschlechterstaaates zu läugnen, als hinterher mit einem Salto mortale ins entgegengesetzte Extrem ein völlig freies und ungebundenes Privateigenthum anzunehmen. Die Wahrheit liegt zwischen beiden Extremen in der Mitte. Es gab nämlich von jeher in Rom an Grund und Boden theils öffentliches, theils ein durch das Interesse der Gens gebundenes Privateigenthum.

Das öffentliche Eigenthum des Staats, der ager publicus, ist bekannt. Es unterliegt für mich aber keinem Zweifel, daß dies Verhältniß sich keineswegs auf den Gesammtstaat beschränkte, vielmehr innerhalb jeder Gens sich wiederholte, ja eher umgekehrt von der Gens auf den Gesammtstaat, als von letzterem auf das Gentilverhältniß übertragen worden ist. Ich berufe mich darauf, daß die Gens den Staat im Kleinen darstellt, daß von den drei Interessen, die ihren höchsten Culminationspunkt im Gesammtstaat finden, dem politischen, religiösen und militärischen, jedes innerhalb der Gens repetirt, daß, wenn zur Versehung jener Interessen dort das Verhältniß des ager publicus nöthig ist, es hier mindestens ebenso unentbehrlich erscheinen muß. Der Schwerpunkt und die Lasten des ältesten Staates ruhen nicht sowohl in und auf ihm selber als in und auf den Gentes; bedurfte es für das Dach, das er über die einzelnen Geschlechterhäuser spannte, und das auf ihnen als auf seinen Pfeilern ruhte, des ager publicus, so war dasselbe Bedürfniß für die einzelne Gens in einem noch höhern Grade vorhanden.

Die Benutzung der Gentilgrundstücke läßt sich auf verschiedenartige Weise denken, theils nämlich als eine allen Gentilen gemeinsame und unentgeltliche, theils als eine getheilte und entgeltliche, etwa auf Grund einer unter ihnen vorgenommenen Verpachtung an die Meistbietenden. Das erste Verhältniß fand

zweifellos hinsichtlich der Gentilbegräbnisse Statt,[95] im germanischen Geschlechterstaat finden wir es auch bei Ackerland,[96] für Weideland ist es bei weitem das Natürlichste, und hierfür wird es auch in Rom vorgekommen sein.[96a]

Jene Gemeinsamkeitsverhältnisse haben sich nun abgesehen vom Gentilbegräbniß, im spätern Recht nicht mehr erhalten, wohl aber, wie ich glaube, eine wichtige mittelbare, von ihrer Beziehung zur Gentilverfassung befreite Nachwirkung derselben — die Popularklagen.[96b] Diese Klagen sind eine merkwürdige Erscheinung; nicht bloß vom Standpunkt unseres heutigen öffentlichen Rechts aus, indem nämlich mittelst ihrer Privatpersonen eine unter bestimmte Rechtsgrundsätze gestellte Polizei ausüben,[97] sondern auch von dem des römischen, insofern nämlich

---

95) Göttling Gesch. der röm. Staatsverf. §. 40 a. E.

96) Caesar de bello Gallico IV, 1. VI, 22. S. darüber namentlich von Sybel Entstehung des deutschen Königthums S. 5 u. flg.

96a) Ager compascuus bei Cic. Top. c. 3. Horat. Carm. II, 15, 13. Privatus illis census erat brevis, commune magnum.

96b) Neben den von den Römern mit actio popularis bezeichneten Klagen, bei denen der Kläger das durch ihre Anstellung Gewonnene behält, kommt noch eine andere Art von Klagen vor, die ebenfalls Jedem aus dem Volk zusteht, bei der aber der Beklagte nicht ihm, sondern dem Volk verurtheilt wird, letzteres also im Fall seines Sieges durch seine Beamten die act. judicati erheben lassen kann. Auf diese bisher übersehene Art der Klagen (die freilich von den Römern nicht mit jenem Namen belegt wird, Bruns Zeitschr. für Rechtsgeschichte III S. 370, 386 fl. 401 fl.) zuerst aufmerksam gemacht zu haben ist das Verdienst von Th. Mommsen, Die latinischen Stadtrechte der Gemeinden Salpensa und Malaca S. 461—466, und Geib Lehrbuch des deutschen Strafrechts I S. 69—73, 106—110, das Verdienst von Bruns a. a. O. den Unterschied der beiden Arten von Klagen zur Anerkennung gebracht zu haben. — Mit der Darstellung im Text, welche sich auf die Popularklagen in der Sprache der Römer beschränkt, und aus der ersten Auflage unverändert hinübergenommen ist, ist jetzt auch zu vergleichen III, 329, 337 fl.

97) Solche Popularklagen gibt das römische Recht jedem, der Lust hat, z. B. gegen den, der an öffentlichen Plätzen, Landstraßen, Gewässern u. s. w. polizeiwidrige Aenderungen vorgenommen, aus seinem Fenster oder von sei-

dies Recht im übrigen aufs allerstrengste an dem Grundsatz der Sachlegitimation des Klägers festhält, hier aber sogar Klagen gewährt, die nicht im geringsten ein specielles Interesse desselben voraussetzen.

Das Befremdende dieser Erscheinung verschwindet, wenn man sie mit jener eigenthümlichen Gemeinsamkeit des Rechts, wie sie innerhalb der Gentilverfassung Statt fand, in Beziehung setzt. Die Sachen der Gens gehörten sämmtlichen Gentilen zusammen.[98]) Dies Recht unterschied sich von demjenigen, das dem Einzelnen als solchem zustand, dadurch, daß es kein exclusives, sondern ein ihm mit seinen Genossen ungetheilt-gemeinsames und sodann, daß es kein veräußerliches, sondern ein untrennbar mit der Eigenschaft als Verbindungsmitglied verknüpftes war — eine Art des Rechts, die im deutschen Recht sehr verbreitet, im spätern römischen aber dem Princip der Exclusivität des Rechts erlegen ist.[99]) Die Popularklagen sind nun ihrer ursprünglichen Idee nach bestimmt, jenes eigenthümliche Verhältniß des ungetheilt-gemeinsamen Rechts zu schützen. Jedes Mitglied ist an sich klagberechtigt; wer wirklich Klage erhebt z. B. wegen Verletzung des gemeinsamen Begräbnisses, der vertritt dadurch, daß er sein eigenes Recht geltend macht, zugleich das Interesse seiner Genossen. Sein Klagfundament aber liegt in seinem eignen Recht, und der Umstand, daß seine Thätigkeit zugleich den Andern zu

nem Dache Sachen hängen hat, die herunter zu fallen drohen und dadurch die Passage gefährden u. s. w.

98) Nicht ihr als einer juristischen Person; das ist eine Abstraction, deren erst der entwickelte juristische Verstand fähig ist, die wir also nicht in die Kindheitszeit des Rechts verlegen dürfen.

99) d. h. das ungetheilt-gemeinsame Eigenthum aller Mitglieder einer Corporation ward später als Eigenthum einer juristischen Person aufgefaßt. Es wird vielleicht die Zeit kommen, wo man diesen Schritt wieder zurückmacht und mit Aufgabe dieser Fiction jenes natürliche Verhältniß juristisch zu construiren versucht. (Ich selber habe inzwischen diesen Versuch gemacht, III, 331.) Wenn der Versuch erst für das deutsche Recht befriedigend gelungen ist, wird dies für das römische Recht schwerlich ohne Einfluß bleiben.

Gute kommt, gibt ihr keineswegs den Charakter der Stellvertretung.[100]) Diese Klagen lassen sich also wegen jener familienartigen Gemeinsamkeit, die sie zu schützen bestimmt sind, als Ausflüsse des Familienprincips bezeichnen. Wenn die spätern römischen Juristen in ihnen eine Ausnahme von dem Grundsatz: nemo alieno nomine lege agere potest erblicken, nämlich als ob der Kläger mittelst ihrer das Recht und Interesse des Staats vertrete, so ist dies von ihrem Standpunkt aus richtig, für die ältere Zeit aber verkehrt und zwar selbst für die res publicae verkehrt. Denn sowie die Gentilsachen nicht im Eigenthum der Gens als gedachter juristischer Persönlichkeit, sondern in dem der Gentilen stehen, so auch die res publicae nicht in dem des Staats, sondern sämmtlicher Staatsangehörigen. Der Einzelne also, der z. B. wegen Verletzung der Landstraße klagt, stützt sich auf sein eignes Recht und Interesse, nur daß die Beziehung dieser Sache zu ihm hier eine schwächere und weniger in die Augen springende ist als bei den Gentilgrundstücken. Je ausgedehnter der Kreis derer wird, die zur ungetheilt-gemeinsamen Benutzung und zur klageweisen Geltendmachung derselben berufen sind, um so mehr kann sich der Gesichtspunkt, daß Jeder hier sein eigenes Recht ausübt, der Beobachtung entziehen, und er mußte völlig verdrängt und ausgeschlossen werden, als die Jurisprudenz die Theorie der juristischen Personen aufbrachte und consequent durchführte. An den res publicae hatte jetzt der Staat als besonderes Rechtssubject Eigenthum; und wenn dennoch nach wie vor der Einzelne dieserhalb klagte, so konnte man fortan in ihm nur einen Vertreter erblicken.

Neben dem Gesammteigenthum der Gentilen gab es nun, wie wir oben zu begründen versuchten, auch Privateigenthum an unbeweglichen wie beweglichen Sachen. Es ist bereits bemerkt, daß die Ungebundenheit, mit der sich später die Idee des Eigen-

100) Es läßt sich hier der Satz anwenden, den die l. 12 pr. de reb. auct. jud. (42. 5) enthält: aliquid ex ordine facit et ideo ceteris quoque prodest.

thums entwickelt, mit der Gentilverfassung unvereinbar war. Welcher Art die Beschränkungen waren, denen die Dispositionsbefugniß des Eigenthümers im Interesse der Gens unterlag, läßt sich für die Veräußerung einzelner Sachen nicht näher bestimmen.[101])

Dahingegen glaube ich nachweisen zu können, daß die Gens gegen die Gefahr ein Gesammtvermögen zu verlieren gesichert war. Ein solcher Verlust war für sie auf doppelte Weise möglich, nämlich theils durch Austritt, theils durch testamentarische Dispositionen ihrer Mitglieder. Was jenen ersten Fall anbetrifft, so ging das römische Recht von der Ansicht aus, daß dem Bürger der Austritt aus dem Staatsverbande jeder Zeit frei stehe, und daß damit seine Rechte wie seine Pflichten gegen den Staat und die Einzelnen erlöschen. Die Gens konnte von ihrem Standpunkte aus der Aufgabe des Staatsbürgerrechts Nichts in den Weg legen; wer von ihr nichts mehr begehrte, von dem durfte auch sie ihrerseits nichts fordern. In dieser Freizügigkeit lag keine sonderliche Gefahr [§. 16]. Ganz anders stand die Sache, wenn Jemand seine Gens verlassen wollte, nicht um sein Staatsbürgerrecht aufzugeben, sondern um in eine andere Gens überzutreten; ein Erfolg, der auf dem Wege der Arrogation erreicht werden konnte, indem nämlich der Austretende sich von einem Mitgliede der neuen Gens als Sohn annehmen ließ. Sein ganzes Vermögen fiel damit dem Adoptivvater zu, kam also aus seiner bisherigen Gens heraus.[102]) Derselbe Erfolg konnte

---

101) Von der gänzlichen Entziehung der Dispositionsbefugniß durch eine cura prodigi ist bereits oben die Rede gewesen. Rudorff Schriften der röm. Feldmesser II S. 303 nimmt für die älteste Zeit die Stammgutseigenschaft d. i. die Unveräußerlichkeit der ursprünglichen romulischen Landloose an; die zwei Gründe, welche er anführt, sind sehr schwach; ich habe mich darüber in der Vorrede zu Bd. 2 Abth. 2 ausgesprochen.

102) Die in adoptionem datio konnte gleichfalls einen Uebertritt in eine fremde Gens begründen, allein hier ging kein Vermögen mit über, weil der Haussohn vermögensunfähig war; darum brauchte man hier dem Willen des Vaters keine Beschränkung aufzulegen.

dadurch eintreten, daß Jemand das Mitglied einer andern Gens zum Erben einsetzte. In beiden Fällen hing aber nach älterm Recht diese Disposition weder ganz von der Zustimmung der betheiligten Gens ab, noch war sie ganz ins Belieben des Subjects gestellt. Das System der öffentlichen Garantie (S. 141 und §. 15) gab dem Volk Gelegenheit den Conflict zwischen dem Interesse der Gens und dem Willen eines ihrer Mitglieder je nach Befund der Umstände zu Gunsten des einen oder andern Theils zu schlichten. Es konnte ebensowohl Voraussetzungen geben, unter denen jene beiden Maßregeln durchaus gerechtfertigt, wohl gar dem Interesse des Staats förderlich waren, als umgekehrt Fälle, in denen der Widerspruch der Gens volle Beachtung verdiente. Die der Abstimmung des Volks vorausgehende Verhandlung gab den interessirten Personen, wozu bei der Arrogation auch die Gläubiger gehörten, Gelegenheit ihr Interesse geltend zu machen.

Wir haben im Bisherigen die innere Organisation der Gens erörtert, und damit ist das Wesentliche der Gentilverfassung angegeben. Das Verhältniß der Gentes zum Gesammtstaat läßt sich für unsern Zweck mit wenig Worten erledigen. Letzterer ist ein Staatenbund, der seinem letzten Grunde nach auf den Gentes beruht. Nach den Gentes sind die Rechte und Lasten des Staats vertheilt, mit dem einzelnen Bürger steht der Staat in keiner unmittelbaren politischen Beziehung. Die Curien und Tribus sind Zusammensetzungen der Gentes, deren ursprüngliches Motiv ich in dem Interesse der Wehrverfassung erblicke; ihre politische Bedeutung und ihre corporative Innigkeit tritt gegen die der Gentes ganz in den Hintergrund. Letztere sind sittlich und juristisch am stärksten entwickelt, die Verbindung wird loser, je weiter sie hinaufsteigt, und der Gesammtstaat steht nicht über den Gentes, sondern besteht aus ihnen d. h. seine Macht ist nur

die Summe der ihrigen. Wie die Gens nur ein coordinirtes Verhältniß der Gentilen begründet, so auch der Gesammtstaat nur eine coordinirte Verbindung der einzelnen Gentes. Die weitere Ausführung dieses Gedankens verschieben wir passender auf den nächsten Paragraphen und gedenken hier nur noch, bevor wir die Gens verlassen, der Rückwirkung, die sie unserer Ansicht nach auf die Familie ausgeübt hat.

Im ältern römischen Recht hat sich die Familie von ihrer natürlichen Basis, der Blutsverwandtschaft, weit entfernt. Bloße Blutsverwandtschaft ist hier eine ziemlich gleichgültige Thatsache; die civilen Verwandten, die Agnaten, haben die Blutsverwandten, die Cognaten, in den Hintergrund gedrängt. Der entfernteste Agnat und die Gentilen schließen den emancipirten Sohn beim Tode seines Vaters oder den Enkel bei dem seines mütterlichen Großvaters von der Erbschaft aus; beiden dem Verstorbenen so nahe stehenden Personen, vielleicht seinen einzigen Descendenten, erkennt das Recht, das in ihnen nur Fremde erblickt, kein Erbrecht zu, selbst nicht an letzter Stelle. Woher diese scheinbare Härte? Sie war eine Consequenz der formalistischen Behandlung des Verwandtschaftsverhältnisses, die durch die politische Function desselben in der Gentilverfassung nothwendig gemacht wurde. Indem die Familie eine politische Corporation wird, nimmt sie nothwendigerweise Bestandtheile in sich auf, unterwirft sie sich Beschränkungen, die ihrem ursprünglichen Wesen fremd sind. Es bereitet sich damit eine Spaltung, die Möglichkeit eines Auseinanderfallens der natürlichen und juristischen Familie vor; diese durch das Gesetz mit den wesentlichsten rechtlichen Vortheilen des Familienverhältnisses ausgestattet, jene derselben beraubt und nur auf das freie Walten der individuellen Liebe angewiesen.[102a]) Aus der Opposition, in der sich die natürliche Fami-

---

102a) Darum auch die genaue sprachliche Unterscheidung zwischen Oheimen und Tanten, bez. Großoheimen und Großtanten (magnus, magna), von Vater- und Mutterseite (patruus, amita — avunculus, matertera).

lienliebe in einem solchen Fall zu der juristischen Behandlungsweise fühlte, ging das Bestreben hervor der natürlichen Familie durch Rechtsgeschäfte zu ersetzen, was das Gesetz ihr versagt hatte, insbesondere durch Testament das Intestaterbrecht. Bei den vorrömischen Völkern hemmte die Familie die testamentarische Freiheit, bei den Römern treibt sie durch ihre theilweise verschobene Stellung dieselbe hervor, wenigstens läßt sich diese Stellung als zureichender Grund bezeichnen, der das Bedürfniß der Testamente in Rom motivirt, während man abgesehn davon auf eine solche Motivirung verzichten und vielmehr annehmen müßte, daß die Testamente nicht einem sittlichen Motive, sondern der Willkühr, der Auflehnung gegen die bei allen Völkern bemerkbare Verbindung des Erbrechts mit der Familie ihren Ursprung verdankten. Im Zweifel darf man vermuthen, daß ein Rechtsinstitut an dem Punkt zuerst zum Vorschein gekommen ist, wo das Bedürfniß nach demselben am dringendsten war. Wir haben für die römischen Testamente einen solchen Punkt aufgedeckt und halten es für wahrscheinlicher, daß dasselbe sittliche Motiv, dem das Erbrecht überhaupt seine Existenz verdankt, das der Familienliebe, auch die Testamente hervorgerufen, als daß die bloße Willkühr dieß hätte vollbringen können.

Der Staat vom Standpunkt des subjectiven Princips aus — Die publicistische Societät der Indididuen — Basirung der Strafgewalt auf Rache, der gesetzgebenden Gewalt und des Rechtsschutzes auf Vertrag — lex und jus — Dualismus der vom Staat anerkannten und der bloß subjectiven Rechte.

XV. Der Weg, den wir bisher zurückgelegt haben, hat uns vom Individuum aus durch die Familie zur Gens geführt, und wenn wir jetzt den letzten Schritt machen, den von der Gens zum Staat, so ist es nicht sowohl das Ziel, bei dem wir damit anlangen, dem wir unsere Aufmerksamkeit zuwenden wollen — die

vielbesprochene älteste Verfassung des römischen Staats —, als der Schritt selbst, den wir zu dem Zweck zu thun haben. Unsere Frage ist nämlich die: erscheint der Staat gegenüber den Ideen, die wir bisher haben kennen lernen, als Schritt oder als Sprung, mit andern Worten ist er mittelst ihrer construirbar oder enthält er etwas specifisch Neues?

Diese Frage mag befremdend erscheinen; denn ist, kann man sagen, der Staat gegenüber den Individuen nicht stets etwas specifisch Neues, ist er nicht eine von ihnen verschiedene, ihnen übergeordnete Macht, thätig werdend durch eigne Organe und Vertreter, ein Wesen höherer Art mit höheren Zwecken und höheren Mitteln? Das ist allerdings der Staat der Gegenwart, aber es ist nichts verkehrter als diese Auffassung überall, wo der Staat in der Geschichte sich zeigt, zu supponiren; denn sie selbst sowohl wie der Staat, dem sie entspricht, ist das Werk eines langen historischen Prozesses. Uns erscheint diese Auffassung so natürlich, daß wir nur gar zu leicht in den Fehler verfallen, sie in die Vergangenheit zu übertragen, während doch letztere mit ihrem Staat völlig andere Ideen verband. So wie ein und derselbe Gegenstand in verschiedenen Sprachen von sehr verschiedenen Gesichtspunkten aus benannt sein kann, der Römer sich, wenn er das lateinische Wort gebrauchte, den Gegenstand von einer ganz andern Seite, in ganz anderer Weise dachte, als wir bei dem entsprechenden Ausdruck unserer Sprache, so ist es auch mit dem Staat und allen seinen Gewalten und Functionen der Fall. Civitas, res publica bezeichnet denselben Gegenstand, den wir Staat nennen, lex übersetzen wir mit Gesetz, judex mit Richter, poena mit Strafe u. s. w.; und es erscheint uns unbedenklich, den ältesten römischen Staat, weil wir leges und judices in ihm antreffen, mit einer gesetzgebenden und richterlichen Gewalt auszustatten. An diesen modernen Ausdrücken klebt aber die ganze politische Anschauung unseres Jahrhunderts; unbewußt tragen wir mit jedem Wort etwas Falsches in den römischen Staat hinein.

Dieser Fehler ist es, den ich im Folgenden unausgesetzt bekämpfen werde. Ich hoffe zeigen zu können, daß der älteste römische Staat auf ganz anderen Ideen beruhte, als die wir mit dem Staat verbinden, daß die Römer unter res publica, jus publicum, judex, poena publica u. s. w. sich etwas ganz anderes dachten als was wir unter den entsprechenden Ausdrücken unserer Sprache uns vorstellen. Das Prisma ihrer ganzen Auffassungsweise war meiner Ansicht nach das Princip des subjectiven Willens (§. 10—12), und wir wollen im Folgenden den Versuch machen uns auf diesen Grund hin ihre Anschauung zu reconstruiren. Möge unser Versuch vorläufig immerhin den Schein einer apriorischen Construction auf sich laden, im Verlaufe der Darstellung wird dieser Schein hoffentlich mehr und mehr schwinden, und ich halte meinen Zweck für völlig erreicht, wenn mir schließlich nur die bloße Möglichkeit meiner Ansicht zugestanden wird. Die erwiesene Möglichkeit einer Entstehung des römischen Staats aus dem subjectiven Princip heraus hat für die Annahme ihrer Wirklichkeit dasselbe Gewicht, das man jeder Hypothese einräumt, die zwei historisch beglaubigte Punkte durch eine Verbindungslinie zu verknüpfen weiß. Da die Geschichte wie die Natur keine Sprünge kennt, da beide das Größte aus dem kleinsten Keim hervorgehen lassen, so sind wir ganz in unserm Recht, wenn wir für den Staat und seine Institutionen uns nach geringen Anfängen umsehen, sie an ein Minimum vorausgesetzter sittlicher und politischer Ideen anzuknüpfen versuchen.

Vom Standpunkte des subjectiven Princips aus stellt sich die staatliche Gemeinschaft als ein Vertragsverhältniß dar. Der Zustand der Verträglichkeit, in dem der Einzelne mit dem Einzelnen lebt, ist die Folge eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrages, der Friede, pax, die des pactum, des pacisci. Das dadurch begründete Gemeinschaftsverhältniß

aber ist das der Gleichheit, der Coordination. Untersuchen wir, zu welchen Consequenzen wir gelangen, wenn wir diesen Gesichtspunkt consequent durchführen.

1. Der Staat verhält sich zu den Bürgern ebenso, wie die Gens zu den Gentilen, d. h. er ist nichts von ihnen verschiedenes, nichts außer und über ihnen, sondern der Staat sind sie selbst, Staat und Volk ist gleichbedeutend. Wenn die natürlichen Personen bei der Bildung der Gens der Abstraction einer von ihnen verschiedenen Persönlichkeit noch nicht erlegen sind (Note 98), so folgt daraus, daß das bloße Addiren mehrerer Gentes zu einem Gesammtstaate, das Zusammentreten mehrerer Personen auf der einen mit mehreren Personen auf der andern Seite dies Verhältniß nicht ändert. Beide Verhältnisse stehen juristisch gesprochen unter dem Gesichtspunkt einer politischen Societät, der Staat als Subject erfaßt sind die sämmtlichen cives, die „civitas". Aus diesem Hauptgesichtspunkt folgt:

2. Soweit diese publicistische Societät reicht, erscheint als Subject der daraus fließenden Rechte, als Vertreter ihrer Interessen nicht der Staat, sondern das gesammte Volk, die sämmtlichen Bürger und folglich auch jeder einzelne derselben. Privatrechte und öffentliche Rechte unterscheiden sich nicht durch Verschiedenheit des Subjects von einander; Subject ist für beide die natürliche Person, und der Unterschied liegt nur darin, daß die Privatrechte auf den Einzelnen eine ausschließliche Beziehung haben, während an den öffentlichen Jeder participirt. Der Ausdruck für jene ausschließliche Beziehung ist proprium (pro privo),[103] für diese dem Volk gemeinsamen Interessen populicum, puplicum, popularis. Res publica, nach späterer Auffassung der Staat als Persönlichkeit gedacht, bezeichnet daher ursprünglich nichts weiter als was allen gemeinsam ist, res publicae die einzelnen Sachen der publicistischen Societät z. B.

---

103) Wegfall des v wie bei dewa, divus, deus. Pott a. a. O. B. 1 S. 266.

öffentliche Wege, Plätze u. s. w., an denen Jeder gleiches Recht hat.[104])

Wenn nun die einzelnen Individuen als Subjecte der öffentlichen Rechte aufzufassen und die öffentlichen Interessen nichts sind als die Interessen Aller und darum auch jedes Einzelnen, so folgt daraus, daß jeder Einzelne berufen und berechtigt ist diese Interessen wahrzunehmen, eine Verletzung derselben zu verhindern oder, wenn sie geschehen, sich in derselben Weise Genugthuung zu verschaffen wie in seinen Privatangelegenheiten. Bestand nun rücksichtlich der letzteren das ursprüngliche Mittel in der Selbsthülfe, so dürfen wir auch hier denselben Entwicklungsgang annehmen, und zwar können wir dabei in gleicher Weise wie auf dem Gebiete des Privatrechts eine Selbsthülfe im engern Sinn und eine Privatrache unterscheiden. Eine Beeinträchtigung des freien Gebrauchs der öffentlichen Sachen, eine Gefährdung der Sicherheit der Passage u. s. w. würde nur zur Selbsthülfe im engern Sinn Veranlassung gegeben haben, sie enthielt keine Verletzung der Persönlichkeit des Berechtigten. In späterer Zeit tritt an die Stelle dieser vom Volk in formloser Weise gehandhabten Polizei die solenne Form derselben: actio popularis, über die bereits bei Gelegenheit des analogen Verhältnisses innerhalb der Gens (S. 201) das Nöthige bemerkt ist. Wie sehr sich in der actio popularis, die jeder Bürger als solcher anstellen kann, die ganze Auffassung, um die es uns hier zu thun ist, daß nämlich die Bürger, nicht der Staat, das Subject der öffentlichen

---

104) Dieser Gesichtspunkt ist namentlich bei der Geschichte des ager publicus nicht außer Acht zu lassen. Er ist das Gemeinde-Land sämmtlicher Patricier, ein gemeinschaftliches, ungetheiltes Eigenthum derselben, von diesem Gesichtspunkt aus konnten sie die darauf zielenden Bestrebungen der Plebejer im vollen Gefühl ihres Rechts als Angriffe auf ihr Eigenthum zurückweisen. Eine Bezugnahme darauf aus späterer Zeit s. bei Cicero Tusc. Disp. III, 20 §. 48: nolim mea bona (das Staatsvermögen) Gracche tibi viritim dividere liceat, sed si facias, partem petam. S. auch B. III, 332 Note 468.

Rechte sind, abspiegelt, darauf braucht nicht erst besonders aufmerksam gemacht zu werden.

Fiel die der Gesammtheit zugefügte Rechtskränkung unter den Gesichtspunkt eines Delicts oder Verbrechens (delictum oder crimen publicum) — und dies war mittelbar auch bei einer Handlung möglich, die zunächst nur gegen eine Privatperson gerichtet war — so übte consequenterweise das ganze Volk Rache (vindicta publica). In einzelnen Spuren schimmert dieser primitive Zustand, von dem die Geschichte uns bei andern Völkern so viele Beispiele gewährt, noch deutlich genug durch.[105]) Den falschen Zeugen stürzte das Volk vom tarpejischen Felsen, den homo sacer, über den wir erst bei Gelegenheit des religiösen Princips handeln können, schlug todt, wer da Lust hatte. Wie nun aus der Privatrache sich die Klage auf Privatstrafe entwickelte, so aus der vindicta publica die auf öffentliche Strafe (judicium publicum). In späterer Zeit, als der Staat, nicht die sämmtlichen Einzelnen, als der Verletzte aufgefaßt wird, fallen Delict und Verbrechen, Privat- und öffentliche Strafe sowohl ihrem Begriff als der Form des Verfahrens nach weit auseinander, allein das Ursprüngliche ist die Gleichheit des Gesichtspunktes, wie sie sich noch darin ausspricht, daß die Ausdrücke delictum, vindicta, poena ebensowohl von Verbrechen als Privatdelicten gebraucht wurden.

Der Uebergang von der Volksjustiz zur organisirten Strafrechtspflege erfolgte weit früher als der der Privatrache zu dem System der Privatstrafen. Zur Zeit der XII Tafeln, wo diese Umwandlung hinsichtlich der Privatrache noch im Werden begriffen ist, erscheint sie hinsichtlich der vindicta publica bereits vollständig abgeschlossen. Woher diese Erscheinung? Vielleicht daher, weil die öffentliche Rache, ich möchte sagen, weit unbehol-

---

105) Rubino a. a. O. S. 478 u. f. will auch in der Provocation „einen geringen Ueberrest einer in der Vorzeit gegen die innern Feinde der Staatsgesellschaft üblichen Volksjustiz" erblicken, aber gewiß mit Unrecht.

fener, schwerfälliger und darum weniger lebensfähig war als die Privatrache. Während nämlich bei letzterer nur zwei Personen sich gegenüber standen, der endliche Zweck der Rache also, die Satisfaction, sich hier durch einen Vertrag beider Personen leicht erreichen ließ, drohten dem Thäter bei der öffentlichen Rache so viele Gegner als Verletzte — und verletzt war ja jeder Bürger — es nützte ihm also nichts sich mit Einem oder Mehreren von ihnen abzufinden, denn es blieben immer nichtabgefundene Personen übrig. Das einzige Mittel zur Erledigung der Sache bestand darin mit dem gesammten, in den Comitien versammelten Volk oder mit Einem, der dasselbe in dieser Beziehung zu vertreten ermächtigt war, den Abfindungsvertrag abzuschließen. Die Organisirung der Strafrechtspflege war also in der That ein Fortschritt im Interesse des Verbrechers. Statt daß ihm früher Rache drohte, wo er stand und ging, statt daß dieselbe früher völlig maßlos und unbestimmt war, und kein Vertrag, keine Berufung auf bereits geleistete Genugthuung ihn gegen das Verlangen einer wiederholten Gewährung derselben schützte, verschaffte ihm jene Veränderung den Vortheil einer definitiven Erledigung der Sache durch Zuerkennung einer der Gesammtheit zu leistenden Strafe.

Die erkannte Strafe ließ sich wie die Privatstrafe unter einen doppelten Gesichtspunkt bringen, unter den einer Abfindung der Rache und den einer in veränderter Form vollzogenen Ausübung derselben. Von beiden Gesichtspunkten aus war ein Uebergang von der wilden Volksjustiz zur geordneten Strafrechtspflege möglich. Sie gehen übrigens so in einander über, daß man sich nicht ausschließlich für den einen oder andern entscheiden kann. Auch der Geist, in dem das römische Volk zur Zeit der Republik die Strafgerichtsbarkeit handhabte, verträgt gleichmäßig die Unterstellung des einen wie des andern Gesichtspunktes. Bei den Verhandlungen, die vor dem Volke Statt fanden, hing der Erfolg bekanntlich nicht so sehr von der Größe und Strafwürdigkeit des Verbrechens als von dem Maße ab, in dem

das Rachegefühl des Volks erregt, die Verletzung empfunden ward (II, 46, bez. 43). An einem verhaßten Bürger rächte sich das Volk bei Gelegenheit eines verhältnißmäßig leichten Verbrechens, und bei einem schweren Verbrechen, das aber von einem populären Bürger verübt war, ließ es mit sich handeln und sich dessen gute Gesinnung und dem Staat geleistete Dienste als Abfindungspreis gefallen.

Der Versuch die Strafgewalt des Volks aus dem Gesichtspunkt zu erklären, daß das Verbrechen Alle verletzt hatte und darum auch die Rache Aller herausforderte, würde diese Gewalt mit der obigen Annahme des Coordinationsverhältnisses in Uebereinstimmung bringen. Die erkannten Strafen, mochten sie selbst in Todesstrafe, Exil, Beschlagnahme des Vermögens u. s. w. bestehen, weisen durchaus nicht auf eine Ueber- und Unterordnung, auf eine Macht über Leben und Tod hin. Die Privatrache, bei der ja zwischen dem Verbrecher und dem Verletzten zweifellos ein coordinirtes Verhältniß Statt fand, gewährt fast zu jeder Strafe ein Seitenstück. Zur Todesstrafe — ich erinnere an den nächtlichen Dieb, den Ehebrecher, den Banquerotteur; zum Verkauf in fremde Sklaverei, den das Volk bei dem, der sich zum Census oder zur Aushebung nicht gestellt hatte (dem incensus und infrequens), vornahm — ich verweise auf den zahlungsunfähigen Schuldner; zur publicatio bonorum — auch der Gläubiger nimmt das zurückgelassene Vermögen seines flüchtigen Schuldners in Besitz. Hinsichtlich des Exils bedarf es keiner Bemerkung, daß das Recht der Ausschließung, welches jeder Gesellschaft zusteht, niemals eine Ueberordnung voraussetzt, sondern sich rein vom Standpunkt der Societät aus ergibt.[105a])

Den bisher entwickelten Ideen steht die Ansicht entgegen, daß das Volk erst zur Zeit der Republik in den Besitz der Strafgewalt gekommen, letztere früher den Händen des Königs anvertraut gewesen und einen ursprünglichen Bestandtheil der könig-

105a) Auf diesen Gesichtspunkt sucht noch Cicero pro Caecina c. 33, 34 die Verwirkung des Bürgerrechts zurückzuführen.

lichen Gewalt gebildet haben solle. So sehr diese Ansicht durch unsere Quellen unterstützt zu sein scheint, so halte ich sie doch für verkehrt. Allerdings stand dem Könige eine sehr wirksame Strafgewalt zu, ich hoffe aber später (§. 17) nachzuweisen, daß sie sowohl wie die ganze Würde des Königs ursprünglich rein militärischer Natur war. Es muß zugegeben werden, daß sie im Laufe der Zeit die Strafgerichtsbarkeit des Volks beeinträchtigte, ja ganz in den Schatten drängte, und ich finde es ganz begreiflich, daß unsere Quellen nur den König als Innehaber der Strafgewalt erwähnen. Aber andererseits ward doch dem Volk nicht jeglicher Antheil an der Strafrechtspflege entzogen, wie das Provocationsrecht beweist (§. 17), und für die Urzeit ist dieser spätere Zustand überhaupt nicht maßgebend. Wenn daher zur Zeit der Republik das Volk im Besitz der höchsten Strafgerichtsbarkeit erscheint, so haben wir uns dies meiner Ansicht nach nicht so zu denken, als ob das Volk erst jetzt zum ersten Mal erhalten hätte, was es bis dahin nie gehabt hatte, sondern es erhielt nur zurück, was ihm durch die Usurpation der Könige entzogen worden war.

Wir erinnern jetzt des Zusammenhanges wegen an den Satz, von dem wir ausgingen, nämlich daß nicht der Staat, sondern das gesammte Volk und mithin jeder Einzelne das Subject des jus publicum war. Ist dieser Satz richtig, so muß er wie von den aus dem jus publicum fließenden Rechten so auch von den durch dasselbe auferlegten

3. Pflichten gelten, und in der That gewährt uns das römische Völkerrecht eine schlagende Consequenz. Ein mit einem fremden Volke abgeschlossener Vertrag verpflichtet nicht die beiderseitigen Staatsgewalten, sondern sämmtliche Angehörige beider Völker, darum wird der Einzelne, der diesen Vertrag verletzt, weil er damit eine auch ihm obliegende Verpflichtung gebrochen, dem fremden Volk überliefert (deditio).[106] Krieg und Frieden

106) Liv. I, 22. V, 36. VII, 20 u. a. Walter Röm. R.-Gesch. Aufl. 3 §. 74, 75.

zwischen zwei Staaten ist Krieg und Frieden zwischen sämmtlichen Individuen.

4. Wille des Staats ist Wille sämmtlicher Bürger, das Gesetz ein Vertrag, wodurch sich letztere gegenseitig zu einer gewissen Handlungsweise verpflichten, Recht im objectiven Sinn ist die daraus entstehende Verpflichtung Aller. Nicht der Staat als ein über den Bürger erhaben gedachtes Wesen, sondern die Individuen sind das Subject der gesetzgebenden Gewalt, die ursprüngliche Form des Gesetzes ist nicht die eines an Untergebene gerichteten Gebotes oder Verbotes, sondern die einer zwischen gleichgestellten Personen getroffenen Uebereinkunft — eine Entwicklung des Rechts im objectiven Sinn aus dem Vertrage heraus, die sich auch anderwärts vielfach nachweisen läßt.[107])

Das Gesetz also ist nichts als eine auf das ganze Volk angewandte Obligationsform. Darum ist wie bei der Obligirung Einzelner so auch hier Frage und Antwort (Stipulationsform) nöthig, das Volk wird rogirt[108]) und ertheilt durch Abstimmung seine Antwort. Im Geiste dieses ursprünglichen Verhältnisses nennt daher ein römischer Jurist[109]) das Gesetz ganz zutreffend eine communis reipublicae sponsio.

Etymologisch weist uns der Ausdruck lex auf die Vorstellung des „legere" = „Legens" hin, lex wäre also etwa gleichbeden-

---

107) In Deutschland, z. B. bei der Geschichte der landständischen Verfassung. Das Staatsrecht (im objectiven Sinn) erscheint hier als der Inbegriff der den Ständen vertragsmäßig eingeräumten (subjectiven) Rechte.

108) Lex rogatur. So werden auch die Zeugen beim Testament, welche die Stelle des Volks einnehmen (S. 149), rogirt; daher auch der Ausdruck arrogatio, worin beiläufig gesagt ein neuer Grund für die a. a. O. vorgetragene Ansicht, daß bei beiden Akten ursprünglich das Volk abgestimmt habe, gefunden werden kann. Uebrigens hat bereits Rubino a. a. O. S. 255 in der Form der Befragung und Abstimmung des Volks die Aehnlichkeit mit der Stipulation erkannt, ohne aber freilich im Uebrigen den Weg, den ich hier eingeschlagen habe, zu verfolgen.

109) Papinian in l. 1 de legib. (1. 3).

tend mit Auflage.[110]) Der Sprachgebrauch, der diesen Ausdruck gleichmäßig von Gesetzen wie von Privatvereinbarungen[111]) gebraucht, zeigt, daß beide ursprünglich in der Vorstellung der Römer auf einer Linie standen. Gesetz und Vertrag sind ursprünglich nicht durch ihre intensive Wirksamkeit, sondern bloß durch ihre äußere Erstreckung unterschieden, ebenso wie die vindicta publica und privata. Eine lex publica ist ein Vertrag Aller, und umgekehrt eine Privatvereinbarung ein Gesetz für die beiden Contrahenten. Wie nun der Privatvertrag, um wirksam zu sein, die Angelegenheiten der Contrahenten zum Gegenstande haben muß, so gleichfalls der öffentliche Vertrag die Interessen sämmtlicher Bürger. Der Satz: jus publicum privatorum pactis mutari non potest, läßt sich dahin umdrehen: jus privatum pactis publicis mutari non potest, d. h. das Gesetz soll keine lex privi d. i. privi-legium einführen.[112])

Die Wirkung des Gesetzes für den Einzelnen ist die eines Vertrages, den er selbst mit abgeschlossen hat.[113]) Eine Uebertretung des Gesetzes ist also die Verletzung einer übernommenen Verbindlichkeit, und je nachdem das Volk selbst oder ein Einzelner das Subject ist, dem das jener Verbindlichkeit correspondirende Recht zugedacht war, und das mithin durch die Verletzung dessel-

---

110) Auch unser deutsches Legen, Liegen ist von Gesetz und Verpflichtung gebraucht z. B. Auflage, Obliegenheit, alth. lag das Gesetz. Die Etymologen streiten aber darüber, ob neben der Wurzel leg im Sinne von zusammensuchen, sammeln (legere in der Bedeutung von Lesen = das Sammeln, Zusammenlesen der Buchstaben) noch eine eigne Wurzel λεχ (legen, lectum = worauf man sich legt d. i. Bett, lex = Auf-lag-e) anzunehmen ist. Pott a. a. O. S. 257. 258.

111) z. B. vendere, dare hac lege, lex commissoria, leges rerum venalium vendendarum u. s. w.

112) Der bekannte Satz aus den XII Tafeln: privilegia ne irroganto.

113) Ob er für oder gegen das Gesetz stimmte, oder an der Abstimmung keinen Antheil nahm, ist für diese Auffassung gleichgiltig. Indem er im Staate bleibt, erkennt er das Gesetz hinterher auch für sich als bindend an.

ben beeinträchtigt wird, kann das Volk oder der Einzelne zur Selbsthülfe schreiten.

Diese Wirkung des Gesetzes, daß Jeder gebunden wird, drückt der Ausdruck jus aus. Lex bezeichnet den Grund des Rechts, den Akt des Auferlegens, jus die Folge, den dauernden Zustand des Gebundenseins. Die lex publica begründet das jus im objectiven Sinn, die Rechtssätze; die lex privata, der Vertrag, das jus im subjectiven Sinn, die Berechtigung. Wie Gesetz und Vertrag, die später so weit auseinander gehn, ursprünglich identisch gewesen sind, so auch Recht im objectiven und subjectiven Sinn.

Jus[114]) ist das Band, das Bindende, die Rechtsnorm und

---

114) Von der Sanskrit-Wurzel ju „verbinden", von der auch jugum, das deutsche Joch, jumentum, jungere und eine Menge anderer Wörter in verschiedenen Sprachen stammten. S. des Weitern Pott a. a. O. S. 213. Aus dieser Wurzel erklärt Pott auch das seltsame Zusammentreffen der zwei Bedeutungen von jus als Recht und Brühe. Im Lettischen findet sich nach seiner Angabe das Wort jaut d. h. Mehl mit Wasser einrühren, verbinden. Unser deutsches „Jauche" ist vielleicht dasselbe Wort mit jus im Sinn von Brühe. Interessant ist die Verschiedenheit der römischen und griechischen Bezeichnung des Rechtsbegriffs. Beide Sprachen bedienen sich zu dem Zweck verschiedener Wurzeln, die griechische der Wurzel dic (δίκη), zeigen, von der in der lateinischen Sprache dicere, digitus u. s. w., letztere der Wurzel ju, von der das griechische ζυγὸν, jugum stammt. Das griechische Wort entspricht unserm deutschen „Weise" und hat, wie letzteres, die doppelte Bedeutung von „Art und Weise" und die von Norm, Regel (wie im Deutschen z. B. die Gesangweise). Δίκαιος ist seiner ursprünglichen Bedeutung nach der, der die Art befolgt, der Art-ige. Das beide Bedeutungen vermittelnde Moment ist das des Musters, Vorbildes; aus dem Vorbilde, der Präcedenz wird Brauch, Sitte, Recht. Die griechische Sprache faßt also bei ihrer Bezeichnung des Rechtsbegriffs das Moment des Hergebrachten, Ueblichen ins Auge, die Entstehung aus der Gewohnheit, die lateinische Sprache die Wirkung, nämlich die verbindende Kraft des Rechts. Außerdem hat die griechische Sprache noch das Wort νόμος von νέμειν theilen (die Regel, wornach Jedem auf gleiche Weise zugetheilt wird). Ueber die Differenz der beiderseitigen Auffassung des Rechtsbegriffs s. jetzt Röder Grundzüge des Naturrechts. Aufl. 2 B. 1 S. 55 (1860).

zwar jus im objectiven Sinn das, welches bindet, Allen eine Pflicht auferlegt, beziehungsweise ein Anrecht gewährt, jus im subjectiven Sinn das bloß einen Einzelnen bindet und dadurch einem Andern ein Recht gewährt. Dieser letztere hat durch die zwischen ihnen beiden vereinbarte lex eine Rechtsnorm des Inhalts, daß der Andere dies und das leisten solle, ins Leben gerufen, und da die Handhabung, Vollziehung derselben ihm zusteht, so ist das Recht sein. Die Normen, welche die Gesammtheit sich gesetzt hat oder stillschweigend anerkennt, und über deren Befolgung sie wacht, verhalten sich zu ihr in derselben Weise, d. h. sie erscheinen nicht als subjectiv beziehungslose Rechtssätze, sondern als ihre Rechte, Befugnisse.

5. Das Verhältniß der Staatsgewalt zum Privatrecht. Nach einer verbreiteten Ansicht, die auf den ersten Blick etwas Bestechendes hat, hätte das Privatrecht in ältester Zeit in völliger Abhängigkeit vom Staat gestanden und sich erst nach und nach aus diesen Banden befreit, während unser obiger Gesichtspunkt uns zu der entgegengesetzten Annahme der ursprünglichen völligen Unabhängigkeit des Privatrechts vom Staat zwingt. Der Schein, den jene Ansicht für sich hat, besteht in den öffentlichen Formen, in denen das Privatrecht der ältesten Zeit auftritt, so wie in jener Gegensatzlosigkeit der verschiedenen Theile des Rechts, die wir schon öfter Gelegenheit hatten hervor zu heben. Aber gerade jene Formen beweisen, daß der Staat an sich mit dem Privatrecht nichts zu thun hatte, denn sie werden eben nur zu dem Zweck angewandt, um ihn mit demselben in eine Beziehung zu setzen, die von vornherein nicht existirt. Jene Gegensatzlosigkeit aber besteht nicht darin, daß der Staat das Privatrecht, sondern das Privatrecht den Staat dominirt, d. h. nicht daß das Privatrecht nach publicistischen, sondern daß der Staat nach privatrechtlichen Principien construirt ist. Es wäre gegen alle Geschichte, daß der Staat das Privatrecht aus sich sollte geboren haben; das Gefühl der individuellen Selbständigkeit ist

das absolut erste, und erst im mühsamen, allmähligen Kampfe mit demselben gelangt das Staatsprincip zur Herrschaft.

Es möge einer spätern Stelle (II §. 28) vorbehalten bleiben den genauern Nachweis zu führen, wie wenig die römische Anschauung mit dieser Ansicht harmonirt. Nicht der Staat gilt ihr als Quelle des subjectiven Rechts, sondern das Subject selbst, sein Wille, seine That. So weit die Rücksichten auf seine Zwecke es erheischen, kann der Staat dem Einzelnen eine Beschränkung innerhalb seiner Privatsphäre zumuthen, aber die Idee, daß er beliebig die Grundsätze festsetzen könne, nach denen der Privatrechtsverkehr vor sich zu gehen habe, oder daß er gar nach Gutdünken über die erworbenen Rechte disponiren dürfe, ist dem römischen Alterthum so fremd wie nur irgend eine andere.

Was hatte denn der Staat oder die Gemeinschaft mit dem Recht des Einzelnen zu thun? An und für sich gar nichts. Die Verbindung zwischen beiden wird nur dadurch hergestellt, daß der Einzelne sich für sein Recht die Garantie der Staatsgewalt erwirkt, es unter ihren Schutz stellt. Wir kommen damit auf einen Punkt zurück, den wir bereits oben (S. 148 fl.) berührt haben und den wir hier jetzt mit Rücksicht auf den gegenwärtigen Gesichtspunkt weiter verfolgen wollen.

Die Hauptgeschäfte des ältesten Rechts wurden unter öffentlicher Garantie abgeschlossen, alle wichtigeren Rechte stützten sich entweder unmittelbar oder mittelbar auf Anerkennung und Zusicherung von Seiten des Volks. Unmittelbar erfolgte diese Garantie bei dem testamentum in comitiis calatis und in procinctu und der arrogatio, mittelbar bei der mancipatio, dem nexum, der Eingehung der Ehe durch coemptio und confarreatio und die Eintragung in die Censusregister. Die in jure cessio, eine Schein-Vindication, bei der die Partheien darüber einig waren, daß dem Kläger das in Anspruch genommene Recht zugesprochen werden sollte, ordnet sich gleichfalls diesem Gesichtspunkt unter; denn der Spruch des Prätors stützte sich mittelbar auf die Autorität des Staats. Diese Geschäftsform gehört jedoch nicht

mehr der Urzeit, sondern einer Zeit an, die das rechtliche Verfahren bereits mit einer gewissen Freiheit zu handhaben verstand. Gewiß ist auch, nachdem die in jure cessio einmal aufgekommen, der Kreis ihrer Anwendbarkeit erst nach und nach erweitert, und manche rechtliche Disposition, die mittelst ihrer getroffen werden konnte, mag ursprünglich in einer anderen Form vorgenommen sein, von der wir jetzt keine Kunde mehr haben. So möchte ich z. B. für die Freilassung die Bewirkung derselben durch vindicta (in jure cessio) für eine neuere, bequemere, weil jeder Zeit anwendbare Form halten (wie denn auch von den Römern selbst der erste Fall ihrer Anwendung im richtigen Takt erst in den Anfang der Republik gelegt wird) gegenüber der älteren, lästigeren, weil nur alle 5 Jahr anwendbaren, Form durch census. Jene steht zu dieser in demselben Verhältniß der Erleichterung hinsichtlich der Zeit und der Form der Vornahme des Akts wie das Mancipationstestament zu der nur zwei Mal im Jahre Statt findenden Testamentserrichtung vor den Comitien. Die Freilassung durch census gewährt uns einen unzweifelhaften Fall der Volksgarantie; gewiß wurde diese Form auch bei andern Geschäften z. B. Bestellung von Urbanalservituten, Uebertragung von Eigenthum u. s. w. benutzt. Aber während für die Freilassung die neuere Form der in jure cessio die ältere nicht verdrängt hat, ist dies vielleicht bei manchen andern der Fall gewesen, und in der in jure cessio mögen eben so sehr längst bekannte, an lästigere Formen geknüpfte Geschäfte sich verjüngt wie andere in ihr zuerst eine sicherstellende Form gewonnen haben. Darum ist es mir sehr bedenklich von der spätern Anwendbarkeit der in jure cessio Schlüsse auf das älteste Recht zu ziehen; sie hat in meinen Augen nicht jenen ursprünglichen Charakter, wie die übrigen eben genannten Formen (II, 579—581).

Mit Hülfe der bisher betrachteten Formen des ältesten Rechts ließen sich alle wichtigeren Rechte unter die Garantie des Volks stellen. Die Freiheit durch den census, die Ehe durch confarreatio und coemptio und damit zugleich die väterliche Gewalt

über die aus dieser Ehe erzeugten Kinder, die künstliche Begründung derselben durch arrogatio oder (bei der adoptio im engern Sinn) in jure cessio, die Vormundschaft durch Testament, das Eigenthum und die Rusticalservituten durch mancipatio (Urbanal- und persönliche Servituten durch in jure cessio), Obligationen durch nexum, die Erbeseinsetzung, das Vermächtniß durch das Testament in der Volksversammlung und seine spätere Nachbildung in dem test. per aes et libram.

Die Bedeutung dieser Volksgarantie für die Entwicklung des Rechts besteht in folgendem. Zuerst in unmittelbar praktischer Beziehung darin, daß sie der Selbsthülfe den höchsten Grad der Sicherheit verlieh, indem sie die Versuche des Widerstandes in der Geburt unterdrückte; der Widerstand gegen den, der auf Grund eines vom Volk garantirten Geschäfts zur Selbsthülfe schritt, war Widerstand gegen das gesammte Volk, eine Provocation aller Bürger, ihre Schutzpflicht zu erfüllen (S. 150). Sodann aber in rechtsphilosophischer Beziehung darin, daß diese Volksgarantie das Medium wird, wodurch der Rechtsbegriff selbst eine höhere Stufe beschritt. Das Concrete war hier wie so oft in der Geschichte des römischen Rechts die Brücke zum Abstracten; aus dem Schutz der Rechte entwickelte sich der Schutz des Rechts. Die üblich gewordene Gewährleistung der einzelnen concreten Privat-Rechte setzte als Bodensatz die Idee an, daß das Privatrecht im abstracten Sinn Gegenstand der Fürsorge und der Gewährleistung des Staats sei, und aus der Berechtigung der Gemeinde die nachgesuchte Garantie an Bedingungen zu knüpfen, entwickelt sich die Idee, daß der Staat berechtigt sei durch beschränkende Gesetze in das Gebiet des Privatrechts einzugreifen. Berechtigt der Schutz der Rechte zu Beschränkungen, so auch der Schutz des Rechts.

Die ursprüngliche Form also für das Verhältniß des Staats zum Privatrecht ist die eines Vertragsverhältnisses. Die Gemeinde sichert durch Vertrag ihren Schutz zu, und der Nachsuchende läßt sich die Bedingungen gefallen, an welche sie dieselbe

knüpft. Beides der Schutz wie dieser Kaufpreis desselben stützt sich auf den freien Willen der Partheien, das Verhältniß ist wie bei jedem Vertrag das der Coordination. Begehrt der Berechtigte die Garantie des Volks nicht, so kann dieses ihn nicht beschränken; sein eigner Wille erschließt die Privatrechtssphäre der Einwirkung des Staats.[115])

Die bisherige Ausführung hat uns einen neuen Beleg gegeben für die wichtige Rolle, welche der Vertrag bei der Bildungsgeschichte des Rechts spielt. Er ist es, der uns überall wieder begegnet, bei dem Gesetz als dem Gemeinvertrag sämmtlicher Genossen (S. 216), bei der Einführung der Privatstrafen (S. 134),

---

115) Ich lasse hier die Ausführungen der ersten Aufl. über den Gegensatz der öffentlich garantirten und nicht garantirten Rechte aus. Daß es, wenn die obige Ausführung richtig ist — und ich zweifle daran auch jetzt nicht — einen solchen Gegensatz gegeben haben müsse, ist klar, aber sich über dessen detaillirtere Gestaltung in Vermuthungen zu ergehen kann zu Nichts führen. Ich nehme aus der ersten Auflage nur den folgenden Inhalt dieser Note hinüber: — War vielleicht der Centumviralgerichtshof für die Geltendmachung der öffentlich garantirten Rechte bestimmt? Die Zusage des Schutzes, die das Volk unmittelbar oder durch Repräsentanten gegeben, wäre hier durch einen Ausschuß des Volks gelöst worden. Alle Fälle, die Cicero in der bekannten Stelle de oratore I. c. 38 der Competenz dieses Gerichtshofes zuweist, gehören zur Klasse der öffentlich garantirten: die jura gentilitatum, agnationum, gestützt auf die staatsrechtlich anerkannte Verbindung der Gens und die ursprünglich römische d. h. durch confarreatio, coemptio oder usus begründete Ehe mit manus; die jura testamentorum und tutelarum auf lex und öffentliches Testament; die jura mancipationum, nexorum, parietum, luminum u. s. w. auf die Mancipationsform und die in jure cessio; die usucapio gehört gar nicht zu den Rechtsgeschäften. Daß im Centumviralgericht der Staat in einer engeren Beziehung zum Individuum erscheint als bei dem judex privatus, hat man herausgefühlt, den Grund davon aber darin gesucht (Puchta, Cursus der Instit. B. 2. §. 153), daß der Staat hier sein Interesse geltendmache, was dem Zweck der Rechtspflege gegenüber weniger wahrscheinlich ist, während nach meiner Vermuthung es sich als höchst natürlich ergibt, daß der Staat oder das Volk den rechtlichen Schutz solcher Verhältnisse, die ausdrücklich unter seine Garantie gestellt sind, selbst in die Hände nimmt und nicht dem judex privatus überweist, wenigstens nicht gegen den Willen des Berechtigten.

der Unterwerfung der Partheien unter den Richter (S. 167) und der gegenwärtigen Veranlassung. Als Vertrag läßt sich auch die Wahl der Könige und Magistrate bezeichnen, auf Vertrag beruht, wie wir im folgenden Paragraphen sehen werden, das ganze Völkerrecht. So knüpft also die Entstehung der Gesetzgebung, der Strafrechtspflege, des Civilprozesses, des Beamtenthums so wie die Idee des öffentlichen Rechtsschutzes an den Vertrag an, der staatlichen Gemeinschaft selbst liegt der Vertragsgesichtspunkt zu Grunde, das ganze Völkerrecht löst sich in Verträge auf.

Es nimmt sich fast so aus, als ob uns hier das älteste römische Recht als Beleg für die Wahrheit der naturrechtlichen Construction des Staats hätte dienen sollen, und im vorigen Jahrhundert zur Zeit der Herrschaft des Naturrechts würde der eben hervorgehobene Gesichtspunkt auf eine eben so günstige Aufnahme haben rechnen dürfen, wie er jetzt unter der Ungunst eines partiellen Zusammentreffens mit naturrechtlichen Ideen leiden kann. Dies Zusammentreffen ist kein zufälliges. Der Vertragsstandpunkt ist die niedrigste Stufe, die der Staat selbst sowohl als die wissenschaftliche Betrachtung desselben einnehmen kann; kein Wunder, daß auf ihm das Naturrecht und das älteste römische Recht sich begegnen. Wie in Rom der Staat selbst diesen Standpunkt im Lauf der Zeit praktisch überwand, so hat auch unsere heutige Theorie des Staats ihn aufgegeben, aber das darf uns nicht verleiten die relative Berechtigung jenes Standpunktes zu verkennen und mit derselben Einseitigkeit, mit der die naturrechtliche Doctrin ihre der Kindheitszeit des Staats entsprechende Ansicht dem Staat überhaupt unterlegte, so umgekehrt unsere heutige dem Mannesalter entnommene Auffassung desselben auf die früheren Zeiten zu übertragen. Fiel jene Doctrin in den Fehler den Staat zu verflachen und zu erniedrigen, so droht uns die Gefahr von der Höhe unseres heutigen Standpunktes die wirklichen Tiefen und Niederungen, durch welche die Geschichte den Staat hindurch geführt hat, zu übersehn, so sind wir geneigt der Frage

nach dem Werden des Staats und Rechts lieber gänzlich auszuweichen und beide für gewissermaßen auf übernatürliche Weise von Gott fertig in die Welt gesetzte Institutionen zu erklären als zuzugeben, daß sie in prosaischer Weise durch Menschenhand gemacht sind. Der Romantik unserer heutigen historischen Ansicht könnte ein Zusatz von etwas derber Prosa gar nicht schaden, und es heißt gewiß den Gott, den man in der Geschichte sucht, würdiger erkennen, wenn man ihn im Menschenwerk nachweist, wenn man zeigt, daß er auf die natürlichste und verständlichste Weise durch den frei handelnden Menschen aus dem Kleinsten das Höchste hervorbringt als wenn man ihn auf übernatürliche Weise durch Wunder thätig werden läßt.

Stellung außerhalb der Gemeinschaft — Volle Negation des Rechts, der Kriegsfuß — Relative Berechtigung dieses Standpunktes — Milderungen — Einfluß des Handels — Das hospitium — Entstehung des internationalen Rechts aus dem Vertrage heraus — Die Clientel, precarium und peculium.

XVI. Es ist bereits früher (S. 104) bemerkt, daß das römische Recht sich nie zur praktischen Anerkennung der Rechtssubjectivität des Menschen als solchen erhoben hat. Dasselbe beschränkt die Rechtsfähigkeit auf die römischen Bürger und die Mitglieder der Staaten, mit denen Rom Verträge abgeschlossen hat. Neben dem Zugeständniß, daß die Menschen nach dem theoretischen jus naturale frei geboren würden, lehren doch noch die klassischen Juristen als praktisches Recht den Satz:[123] si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt, quod autem ex nostro ad eos pervenerit, illorum fit et liber homo noster ab eis captus servus fit eorum. Idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat. Der Kriegsfuß

123) L. 5 §. 2 de capt. (49. 15).

also gilt noch zu ihrer Zeit als das von vornherein gegebene völkerrechtliche Verhältniß, der Friede, pax, ist erst das Resultat des pacisci. Jener Kriegsfuß ist aber völlig gleichbedeutend mit gänzlicher Rechtlosigkeit aller dem Staat, mit dem man nicht paciscirt hat, angehörigen Individuen.

Diese Auffassung, die uns noch in so später Zeit ausdrücklich bezeugt wird, ergibt sich nun für die älteste Zeit als eine so nothwendige Consequenz des ganzen Rechts, daß wir, auch verlassen von allen positiven Zeugnissen, sie mit völliger Sicherheit supponiren dürften.[123a]) Die Anerkennung der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit des Fremden würde eine totale Scheidung des Privatrechts vom öffentlichen, eine Selbständigkeit beider voraussetzen. Wir haben aber gesehen, daß diese beiden Seiten des Rechts ursprünglich ganz und gar in einander verwachsen sind, daß ferner die Idee des vom Staate zu leistenden Rechtsschutzes an einen mit dem Staat geschlossenen Vertrag anknüpft. Wie hätte ein Fremder den Schutz des römischen Volks oder der Magistrate fordern können, da die Bürger selbst sich denselben erst ausdrücklich zusichern lassen mußten? Wie konnte er sich auf römische Gesetze berufen, die doch nur eine Vereinbarung der römischen Bürger unter sich enthielten, wie Theil zu nehmen begehren an Institutionen, die sie für sich eingeführt?

Das römische Recht ist wie der Staat für die Römer da, oder näher bezeichnet es ist beschränkt auf die Gentilitätsverbindung. Gentilität und volle Rechtsfähigkeit, Nicht-Gentilität und volle Rechtlosigkeit ist ursprünglich gleichbedeutend, es gibt von vornherein keine Gradationen der Rechtsfähigkeit. Nur wer

---

123a) Sie wiederholt sich bekanntlich überall; auch in Deutschland mußte der Friede erst besonders „gewirkt" werden, und nach türkischem Recht gilt der Theorie nach noch heutigen Tages „das Land und Vermögen der Herbi d. h. aller Ungläubigen, die den Moslemen nicht unterworfen sind und keine Djeziyeh zahlen, sowie ihre Person als muboh d. h. gesetzlich den Moslemen zu freiem Eigenthum zu erwerben verstattet," von Tornauw, Das moslemische Recht, Leipz. 1855 S. 52.

innerhalb der Gens steht, ist ingenuus; wer draußen steht, der ex-gens ist rechtlos, elend, extrarius est, qui extra focum, sacramentum jusque sit,[124]) seine Ausschließung ist eine totale, auch die Religion baut ihm keine Brücke, denn auch sie ist ein Institut dieses Staates. Es ist ein seltsames Spiel des Zufalls, daß egens gerade das Loos des exgens ausdrückt, und die Römer leiteten wirklich egens von gens ab[125]) — eine Ableitung, der unsere deutsche Sprache mit mehr Recht Elend = Ausland entgegenstellen kann. Eine unzweifelhafte Spur jener Anschauung hat uns die Sprache in dem Wort hostis erhalten, es bedeutet ursprünglich den Gast, den Fremden und den Feind.[126]) In dieser Doppelbedeutung drückt sich treffend die Unbestimmtheit des Looses der Fremden aus, daß sie nämlich eben sowohl die Behandlung von Gästen als die von Feinden gewärtigen mußten.[126a])

---

124) Festus sub voc. extrarium.

125) Festus sub voc. egens velut exgens, cui ne gens quidem sit reliqua. Möglich wäre diese Ableitung, man denke z. B. an iners (von ars), de-mens u. s. w., und ohne das Zeitwort egeo würde man nicht in Versuchung kommen nach einer andern zu suchen.

126) Hostis ist dasselbe Wort mit dem Goth. gasts und dem Mittelhochdeutschen gast, und beide haben dieselbe Doppelbedeutung. Ueber die Verwandtschaft des g und h s. Pott a. a. O. B. 1 S. 143 und über die muthmaßliche Ableitung von Sanskr. ghas essen daselbst S. 279. Der ursprüngliche Sinn dieser Wörter wäre also: der Bewirthete. Hostire (schlagen) und hostia (Schlachtopfer) haben sich davon freilich weit entfernt. — Th. Mommsen Röm. Forschungen B. 1 Aufl. 2 (1864) S. 326 fl. theilt die Ansicht von G. Curtius mit, der zufolge hostis goth. gast-s, kirchenslav. gosti die ursprüngliche Bedeutung von Fremdling hat (von ghas essen = Mitesser der Familie) und hospes = hos-pe(t)s, hostis petens, der um Gastfreundschaft bittende Fremdling wäre. Mommsen faßt das Verhältniß beider Worte etwas anders auf.

126a) Curtius a. a. O. erklärt dies Zusammentreffen so, daß „die Ausprägung eines besonderen Wortes für den Gastfreundschaft begehrenden Fremdling (hospes) die Veranlassung gegeben habe, daß hostis mit der Zeit ganz auf die feindliche Bedeutung beschränkt wurde.“ Aber immerhin konnte es diese ausschließliche Bedeutung nur erhalten, wenn die Begriffe:

Mit dieser ursprünglichen Rechtlosigkeit des Fremden hängt die Furchtbarkeit des Exils nach antiker Vorstellung zusammen. Das Exil der heutigen Zeit ist nicht ein Schatten von dem des Alterthums, es besteht nur in einem Wechsel des Wohnorts, dem Verlust der Heimath. Eine solche Strafe raubt nicht das Glück selbst, sondern nur die locale Form, in der man es bisher genoß; überall findet der Verwiesene Anerkennung seiner Persönlichkeit und Schutz seines Rechts. Ganz anders die ursprüngliche Gestalt des Exils im Alterthum. Der Fremde ist rechtlos; wer daher ausgestoßen wird aus der Gemeinschaft seiner Genossen oder wegen Verbrechen sich flüchtet, dessen harrt, möchte ich sagen, das Loos des Wildes auf dem Felde, das unstät, ruhelos umherirrt und gejagt wird, wo es sich blicken läßt. Alles, was ihm theuer war, läßt der Verbannte daheim, seinen Heerd, seine Genossen, den Frieden des Rechts und die gemeinsame Verehrung der Götter, und was er mit sich nimmt, ist das Gefühl des unsäglichen Elends, die Aussicht auf ein dem Zufall, der Verfolgung, Entbehrung u. s. w. Preis gegebenes Leben, auf Knechtschaft oder eine von der Willkühr und Gnade seiner Schutzherrn abhängige und durch Demüthigungen aller Art erkaufte Freiheit. Wird er angegriffen und verfolgt, so stehen ihm keine Genossen zur Seite; fällt er im Kampf, so gibt es für ihn keine Freunde, die ihn rächen, ihm daheim ein Todtenopfer bereiten und seinem unstät irrenden Schatten Ruhe verschaffen, die Manen schweben heimathslos in der Fremde umher.

Das ist das Exil des Alterthums in seiner ursprünglichen Gestalt. Es enthält nicht gleich dem spätern bloß eine capitis deminutio magna, den Verlust des Bürgerrechts, sondern den bürgerlichen Tod, die Verstoßung des Menschen von dem Boden des Rechts in eine grauenvolle Einöde, in einen Zustand der Schande und Rechtlosigkeit. Darum erschien das Exil den

---

Fremdling, Gast, Feind für die Vorstellung des Volks nicht weit auseinander lagen.

Römern noch in später Zeit, als demselben die schärfsten Spitzen bereits abgebrochen waren, dennoch als eine so schwere Strafe daß man dem wegen eines Verbrechens in Anklagezustand Versetzten bis zum Augenblick des Urtheils es frei stellte durch freiwilliges Exil die Untersuchung nieder zu schlagen.

Die im bisherigen dargestellte Rechtsanschauung, wornach das Recht ursprünglich mit dem Staat völlig zusammenfällt und mit der höchsten Exclusivität nach außen hin beginnt, mag auf den ersten Blick als eine der Entwicklung des Rechtsbegriffes in der Geschichte hinderliche erscheinen, während sie sich doch bei näherm Nachdenken gerade umgekehrt als höchst förderlich ergibt. Ich erblicke in ihr eins der wirksamsten Mittel, das die Geschichte für die Bildung und Erhaltung der Staaten in ihrem Kindesalter in Bewegung gesetzt hat. Denn sie treibt die Individuen mit Gewalt in die Gemeinschaft des staatlichen Lebens hinein und kettet sie mit eisernen Banden an den Staat fest. Er ist ihnen ihr Alles, ihn verlassen heißt sich selbst aufgeben; sein Sturz begräbt sie mit allem, was sie sind und haben, unter seinen Trümmern. An den Austritt aus dem Staat so wie an den Untergang desselben knüpft sich die Aussicht auf den Verlust der Persönlichkeit, den Untergang des gesammten Privatglücks, und so wird der Selbsterhaltungstrieb des Individuums in doppelter Beziehung eins der wirksamsten Mittel der Erhaltung des Staats selbst, zuerst nämlich indem er dem Staat die ihm einmal angehörigen Mitglieder möglichst sichert, und sodann indem er sie bei einer Gefährdung desselben von außen zur äußersten Anspannung ihrer Kräfte zwingt. In ersterer Beziehung nämlich ist es für den entstehenden Staat sehr wichtig von dem verhältnißmäßig geringen Bevölkerungs-Kapital, mit dem er beginnt, Nichts einzubüßen, während es umgekehrt für den erwachsenen Staat vortheilhaft sein kann sich der nicht verwendbaren Ueberschüsse dieses Kapitals durch Colonien, Auswanderungen u. s. w. zu entledigen; jener bedarf eines festen Verschlusses, dieser mitunter eines Ventils. Während letzterer ein in der Schule der

Zucht und Ordnung aufgewachsenes Volk vorfindet, das mit tausend Banden unter sich und mit ihm verkettet ist, Banden, die nur das Resultat eines langjährigen Prozesses sind, soll ersterer die rauhe Schule der Zucht und Ordnung erst beginnen, ohne dem unbändigen Sinne, der dieser Zucht widerstrebt, ohne dem Reiz des Wanderlebens, der Versuchung sich von der Gemeinschaft los zu reißen, ein anderes Gegengewicht gegenüber stellen zu können als das Recht, das er gewährt und schützt. Wäre der Werth dieser Gabe für jene Zeit nicht ein unendlich höherer als heutzutage, wäre bereits jene Zeit zur praktischen Anerkennung der Rechtssubjectivität des Menschen als solchen gelangt, wie hätte das Recht jenen Dienst leisten können? Wer heutzutage sich einmal entschlossen hat den Staat, dem er bisher angehörte, zu verlassen, den hält die Rücksicht auf das Recht nicht zurück, denn wohin er geht, findet er eine Rechtsatmosphäre vor, nimmt seine Rechtsfähigkeit mit sich. Wer aber in jener Zeit, von der wir hier sprechen, aus der Staatsverbindung, in der er stand, heraustreten wollte, der ließ sein Recht zurück, trat aus der Rechtsatmosphäre, die sich für ihn nur über diesen Staat lagerte, in den luftleeren Raum, der diesen Staat von allen Seiten umgab, aus der Oase in die Wüste. So übte also der Staat mittelst des Rechts eine Anziehungskraft aus, von der wir heutzutage keine Ahnung mehr haben. Recht und Freiheit sind heutzutage gleich der Luft und dem Wasser eine res communis omnium, an der jeder Mensch, der Einheimische wie der Fremde, participirt, und deren Werth wir, weil wir sie überall vorfinden, nur zu leicht übersehen, und die uns daher nicht mehr wie einst wo man sie nur in der Heimath fand, an letztere fesseln.

Bei jedem Angriff auf Einzelne wie auf Staaten richtet sich die höhere oder geringere Spannung der vorhandenen Widerstandskraft nach dem Werth oder der subjectiven Werthschätzung der bedrohten Güter. Zu diesen Gütern gehörte nun für den Fall eines Krieges in der Zeit, von der wir hier sprechen, die totale Privatexistenz sämmtlicher Staatsangehörigen. Unter-

liegen war ihnen gleichbedeutend mit Verlust des Lebens oder der Freiheit, Ehre, Familie und des Vermögens.[127]) Ihre eigne Selbsterhaltung war also von der des Staats abhängig; es trifft auch hier der im vorigen Paragraphen ausgesprochene Satz zu: der Staat sind sie selbst. So erscheint also jenes Verhältniß der Individuen zum Staat, vermöge dessen der individuelle Selbsterhaltungstrieb ganz und gar dem Staate dienstbar wird, als das Mittel, wodurch die Geschichte dem jungen Staat das Leben sichert, ihn zwingt stets mit der ganzen Kraft der Verzweiflung um seine Existenz zu ringen. Durch die häufigen Veranlassungen dazu bringt sie rasch die Kräfte zur vollsten Entwicklung. Dem heutigen Staat ist eine solche Spannung seiner Widerstandskraft gar nicht möglich. Unsere heutige Scheidung des Staats und der Individuen bewährt sich auch im Kriege; der Staat führt mit dem Staat Krieg, und so sehr auch die edlern Güter und Interessen der Nation bei der Erhaltung des Staats betheiligt sein mögen, der rein privatrechtlichen Existenz, Freiheit, Familie, Vermögen droht sein Sturz nicht den Untergang, der Selbsterhaltungstrieb also der gemeinen Natur, der an jenen höhern Gütern keinen Antheil hat, ist dabei weniger interessirt.

An die bisher erörterte ursprüngliche Rechtlosigkeit des Nichtbürgers knüpft die fernere Entwicklung des römischen Rechts in mannigfacher Weise an. Zuerst nämlich das Sachenrecht mit seinem Recht der Beute, das wir früher (§. 10) als die Wurzel des römischen Eigenthumsbegriffs bezeichnet haben. Das römische Eigenthum entsteht durch die Bethätigung römischer Kraft am rechtlosen Fremden. Aber wenn es einerseits sich auf den

127) Dies prägt sich auch in der Formel der Kriegsankündigung aus, sie lautet nicht bloß auf das Volk, sondern auch auf die Einzelnen, s. Gellius XVI, 4: populo Hermundulo hominibusque Hermundulis bellum indico facioque.

Krieg stützt und ihn veranlaßt, so birgt es andererseits in sich auch die Keime des friedlichen Verkehrs. Austausch der Eigenthumsgegenstände baut die Brücke zwischen den isolirten oder befeindeten Völkern, und dem Soldaten, der den Krieg bringt, folgt der Kaufmann, der den Frieden sucht. Der Handel ist nicht bloß daheim für die Entwicklung des Privatrechts die treibende Kraft, sondern auch für die Ausbildung des Völkerrechts. Für den Handel mit seiner unaufhaltsam thätigen, expansiven Tendenz ist die auf die Scholle beschränkte Natur des Rechts am fühlbarsten und lästigsten; wie er die Hemmnisse des freien Verkehrs hinwegzuräumen strebt, welche die Natur ihm entgegensetzt, so auch die, welche eine beschränkte Rechtsansicht ihm bereitet. Er ist es, der gegenüber der Exclusivität der nationalen Rechtsansicht das kosmopolitische Element im römischen Recht zur Existenz und Ausbildung gebracht hat. Ein Zwischenhändler war der erste Vorkämpfer der Cultur; er vermittelte mit dem Austausch der materiellen Güter auch den der geistigen[128]) und bahnte die Straßen des Friedens. In demselben Maße, in dem der Handel zunahm, wurden diese Straßen geebneter und ausgedehnter, so daß sie zuletzt über den größten Theil der bekannten Welt reichten. Was das Christenthum in dieser Beziehung der modernen Welt leistete, ersetzte der alten der Handel.

In welcher Weise verfuhr er dabei? Die beschränkteste Form, deren er sich bediente, war das hospitium (Note 126), das von unserer heutigen Gastfreundschaft eben so weit entfernt ist, wie aus demselben Grunde das Exil des Alterthums von unserer heutigen Verbannung.[128a]) Der Zweck des hospitium liegt näm-

---

128) Ich kann mir nicht versagen darauf aufmerksam zu machen, wie die lateinische Sprache selbst darauf hinweist. Ihr Interpres, der Vermittler und Ausleger, ist ursprünglich nichts als unser „Zwischenhändler". Das Wort stammt her von inter und der Wurzel von pretium, bezeichnet also einen, der den Preis zwischen trägt. Dieser Zwischenhändler war der erste Dolmetsch und Vermittler, und auf diese besonders in die Augen fallende Eigenschaft hat sich später der Sinn des Wortes reducirt.

128a) Walter, Röm. Rechts-G. 3. Aufl. I §. 82. Das obige Ver-

lich nicht sowohl in der gastlichen Aufnahme, obgleich es auch auf diese mit gerichtet ist, als in der gegenseitigen Zusicherung des Rechtsschutzes; es macht die Recht- und Schutzlosigkeit des hostis dadurch unschädlich, daß der Gastfreund ihn unter seinen rechtlichen Schutz nimmt und dessen Rechtsansprüche als die seinigen vor Gericht vertritt. Gegen Betrug und Treulosigkeit des Gastfreundes selbst gewährte das Recht keinen Schutz — denn der hostis stand ja außerhalb des Rechts — einen um so höhern aber die Sitte.[129)] Gerade diese Schutzlosigkeit desselben und das von seiner Seite bewiesene höchste Vertrauen stempelten einen Mißbrauch desselben zu einem der infamirendsten und schmählichsten Vergehen, die das Alterthum kannte.

Ein betriebsamer Kaufmann mochte nun aller Orten Gastfreunde suchen, allein für einen ausgebreiteten Handelsverkehr reichte doch diese private Gastfreundschaft nicht aus, und so gingen öfter Staat und Staat dies Verhältniß mit einander ein (hospitium publice datum). Eine höhere Stufe in der Entwicklung des internationalen Verkehrs bezeichnete es, als man Staatsverträge abschloß, wodurch den Angehörigen des einen Staats gegen die des andern statt des mittelbaren, abgeleiteten Schutzes, den das hospitium gewährte, ein unmittelbarer Schutz ausgewirkt wurde.[129a)] Die Formen, in denen er ertheilt wurde, waren gewiß sehr verschieden und wechselnd; die höchste Spitze derselben bestand in der Verleihung des römischen commercium, wodurch dem Fremden Theilnahme am römischen Vermögensrecht, also auch Provocation auf den vom Staat gewährten

---

hältniß und die Clientel ist inzwischen von Th. Mommsen in seiner Abh. über das römische Gastrecht und die römische Clientel (in von Sybels Histor. Zeitschr. I S. 332, abgedruckt in den römischen Forschungen Bd. 1 Aufl. 2 S. 319 fl., wornach im Folgenden citirt werden wird,) behandelt worden.

129) Gellius V, 13 §. 5 In officiis apud majores ita observatum est: primum tutelae, deinde hospiti, deinde clienti, tum cognato, postea affini.

129a) Ueber die verschiedenen Formen desselben s. Mommsen S. 349.

Rechtsschutz freigestellt wurde. Hiermit reicht das römische Recht bereits an die Höhe unserer heutigen Rechtsentwicklung an, auf der wir den Fremden nach unserm Recht beurtheilen, nur mit dem freilich sehr wichtigen Unterschiede, daß dies in Rom Folge eines besonders ertheilten Privilegiums oder eines Staatsvertrages war, bei uns aber Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes, Wirkung einer höhern Rechtsanschauung ist.

Die Ertheilung des commercium war aber bei den Römern nichts weniger als die reguläre Form, worin der internationale Rechtsverkehr vermittelt wurde. Am Ende des fünften Jahrhunderts der Stadt finden wir in Rom einen eignen Gerichtshof für die Rechtsstreitigkeiten der Peregrinen und Römer, den des Praetor peregrinus, und es entwickelt sich hier auf Grundlage der bisherigen Staatsverträge und unter Mitwirkung der Theorie und Praxis ein allgemeines internationales Handelsrecht, das jus gentium, das wir erst im dritten System, wo seine Rückwirkungen auf das römische Recht kenntlich hervortreten, ins Auge fassen werden. Der Einführung jener Magistratur aber gingen andere Formen vorher, von denen uns nur hinsichtlich einiger wie z. B. der von den Fetialen vorzunehmenden clarigatio und des bald ständigen, bald im einzelnen Fall eingesetzten und mit ihm aufhörenden Recuperatorengerichts dürftige Kunde erhalten ist.[130]) So interessant es wäre die allmählige Ausbildung des internationalen Rechtsverkehrs im Einzelnen verfolgen zu können, so dürfen und müssen wir uns hier doch mit dem allgemeinen Gesichtspunkt begnügen, daß jener Rechtsverkehr nur das Werk specieller zwischen den einzelnen Staaten abgeschlossener Verträge war und der Ausdehnung wie der Art und dem Maß nach durch sie bestimmt war. Das internationale Recht löste sich also auf in Rechte, die zwei Völker sich für ihren Verkehr gegenseitig eingeräumt hatten, erschien als ein Inbegriff von

---

130) Ich verweise wegen dieser Institute auf Puchta Cursus der Instit. B. I §. 83. Rudorff R. R.-G. II S. 80.

Vertragsnormen, die gegenüber diesem Volke diesen, gegenüber jenem einen andern Inhalt hatten. Der Vertrag, dessen schöpferische Kraft uns schon im Innern des Staats bei so manchem Institute begegnet ist, zeigt sich auch hier wieder in gleicher Weise wirksam. Wie er im Innern den Uebergang von der öffentlichen und Privatselbsthülfe zur Criminal- und Civilgerichtsbarkeit vermittelt, so hier den von dem primitiven Kriegsfuß zur rechtlichen Organisirung des internationalen Verkehrs. Vom Standpunkt unserer heutigen Rechtsansicht aus, der nichts natürlicher erscheint als daß auch der Fremde den Rechtsschutz unseres Staates in Anspruch nehmen könne, betrachten wir die praktische Verwirklichung dieser Ansicht, die Thatsache, daß das über den civilisirten Theil der Welt sich ausspannende Gebiet des Rechts dem Menschen als solchem, sei er Staatsbürger oder Fremder, die freiste Bewegung möglich macht, als etwas nothwendiges, sich von selbst verstehendes und denken nicht daran, wie allmählig und mühsam das Recht, nachdem es einmal sich von seiner engumgränzten Heimath, dem einzelnen Staat, loszureißen und weitere Kreise zu suchen wagte, sich jeden Zoll Landes hat erkämpfen müssen. Was uns heutzutage in der Natur des Rechts selbst zu liegen scheint, ist zum großen Theil nichts weniger als eine dem Menschengeschlecht von vornherein mitgegebene Anschauung und verdankt seine praktische Realität nicht der Macht der rechtlichen Ueberzeugung, der Idee der Gerechtigkeit, sondern ist das Werk einer durch materielle Gründe, durch die Noth des Lebens und den Drang der Umstände in Bewegung gesetzten und erhaltenen und durch Motive der Zweckmäßigkeit geleiteten menschlichen Thätigkeit. Erst wenn diese Factoren die schwerste Arbeit verrichtet haben, zieht die Idee der Gerechtigkeit ein und nimmt das Werk als ein ihr gebührendes Eigenthum in Besitz und unter ihren Schutz.

Die Exclusivität des Staats und Rechts, die wir bisher in ihrer Richtung nach außen hin verfolgten, muß sich auch im Innern an denen bewährt haben, die, ohne Aufnahme in die Gentilverbindung zu erreichen, sich auf dem Staatsgebiet niederzulassen wünschten.[130a]) Ihre rechtliche Lage war von vornherein der des hostis völlig gleich, und wie letzterer ursprünglich nur mittelbar durch das hospitium rechtlichen Schutz gewinnen konnte, so auch sie nur dadurch, daß sie sich als Clienten unter das Patronat eines römischen Bürgers stellten (applicatio).[130b]) Aber während das Verhältniß des Gastfreundes zum Gastfreunde ein coordinirtes war, war es beim Clienten ein subordinirtes. Beim hospitium lag die Gegenleistung in der Erwiderung des Schutzes und der gastlichen Aufnahme, beim Clienten trat Dienstpflicht an die Stelle derselben. Die Abhängigkeit, welche das Verhältniß begründet, prägt sich deutlich in den beiden Ausdrücken patronus und cliens (Höriger)[131]) aus. Der erste Ausdruck stellt das Verhältniß als eine Nachbildung der väterlichen Gewalt dar, und mit dieser Bezeichnung hat die Sprache das Wesen desselben treffend ausgedrückt. Wie der Sohn hat auch der Client keine

---

130a) Ebenso an den freigelassenen Sklaven. Mommsen a. a. O. S. 358, 359.

130b) Mommsen a. a. O. S. 361. Derartige Schutzverhältnisse, wenn auch nicht durch die rechtliche, sondern die factische Schutzlosigkeit gewisser Klassen der Gesellschaft hervorgerufen, wiederholen sich überall, wo die Staatsgewalt selber nicht im Stande ist den Machtlosen gegen den Mächtigen wirksam zu schützen, und sie documentiren daher immer eine mangelhafte Organisation der Rechtspflege. Der Schutzbedürftige opfert seine Freiheit (Leibeigenschaft; freiwillige Sklaverei in Südafrika) oder seine vermögensrechtliche Unabhängigkeit (Uebertragung des Obereigenthums an den Schutzherrn z. B. die Moschee in der Türkei [vakuf]; an den Lehnsherrn, wie in Deutschland, England, Gundermann, Engl. Privatrecht I S. 286, 293), um dafür die Sicherheit dessen, was er behält, zu gewinnen.

131) Von cluere, κλύειν, hören. Im Deutschen haben wir das Hören in demselben Sinn z. B. Gehorsam, gehorchen, angehörig, Höriger.

Rechte gegen den, der Vaterstelle an ihm vertritt; rechtlich sind beide gänzlich seiner Gewalt unterworfen. Nur die Sitte und die Religion schützen beide gegen den Mißbrauch dieser Gewalt. Ein angebliches Gesetz von Romulus erklärte den Patron für vogelfrei, der seinen Clienten betrogen,[131a]) und auf der Stufenleiter der Pflichten, die uns Gellius aufbewahrt hat, nahm die gegen den Clienten eine ausgezeichnete Stelle ein.[132])

War jener Vergleich des Patronats mit der patria potestas nicht bloß von der persönlichen Seite des Verhältnisses hergenommen, sondern auch für die vermögensrechtliche Stellung der Clienten zutreffend, so würde letztere sich nach den Grundsätzen über das Peculium des Haussohns bestimmen lassen. Factisch zwar können beide ein eignes Vermögen haben, allein juristisch gilt ihr Gewalthaber als Subject desselben und vertritt sie sowohl activ als passiv gegenüber dritten Personen. Diese active Vertretung, die Klagerhebung für den Clienten, ist der Zweck des Verhältnisses;[133]) juristisch erscheint sie aber nicht als Stellvertretung, sondern als Geltendmachung eines dem Patron selber zustehenden Rechts. Bei der passiven Vertretung, die eine nothwendige Folge des Verhältnisses war, haftete der Patron vielleicht nach Analogie der Peculien- und der Noxal-Klage d. h. je nach Umständen bis zum Betrage des Vermögens seines Clienten oder auf Auslieferung (noxae deditio) seiner Person.[133a]) Wäh-

---

131a) Dionys. II, 10. Servius ad Virg. VI, 609: patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto. Das „fraudem facere", welches im Text wörtlich mit „betrügen" übersetzt ist, hatte sicherlich die ganz allgemeine Bedeutung „seiner Verpflichtung nicht nachkommen". Auch nach griechischem Recht war es mit einem Fluche belegt (ἐπάρατον) das vertragsmäßige oder herkömmliche Maß der Verpflichtungen zu steigern. Schwegler, Röm. Gesch. I S. 641.

132) Gellius V c. 13... patrem primum, deinde patronum proximum nomen habere.... neque clientes sine summa infamia deseri possunt.

133) Daher patronus noch in späterer Zeit = Fürsprecher.

133a) Diese Verpflichtung zur deditio bestand auch im internationalen

rend aber, um diese active und passive Vertretung möglich zu machen, der Patron juristisch als Innehaber jenes Vermögens angesehen wird, also auch die unbeschränkteste Dispositionsbefugniß über dasselbe hat, so daß er z. B. es dem Clienten völlig entziehen kann, legt die Sitte dem Patron mancherlei Beschränkungen auf und verpflichtet ihn dem Clienten das Maß factischer Selbständigkeit, das sei es hergebracht sei es durch Vereinbarung mit ihm festgestellt ist, unverkümmert zu gewähren, das Vermögen des Clienten factisch nicht als das seinige zu betrachten. Es gab zwar Nothfälle, in denen er ohne Anstand dem Clienten eine Contribution auferlegen konnte,[134] eben so war es in der Ordnung, daß der Client für den ihm gewährten Schutz Dienste leistete; allein diese Leistungen fanden an der Sitte ihr Maß, und die Vereinbarungen beider Partheien, die rechtlich völlig wirkungslos waren, an ihr ihren Schutz. Mit dem Tode des Clienten ging das Verhältniß auf dessen Kinder über;[134a] inwieweit das Vermögen ihnen ganz oder theilweise gelassen werden mußte, entschied sich nach den darüber von vornherein getroffenen Vereinbarungen.[135]

Verkehr, das Volk mußte den Schuldigen entweder ausliefern, oder es machte dessen Sache zu der seinigen, s. namentlich die Formel bei Liv. I, 32 illos homines illasque res dedier. Liv. V, 36.. postulatum ut pro jure gentium violato Fabii dederentur.

134) z. B. wenn er eine Tochter auszusteuern, sich selbst oder Familienmitglieder aus feindlicher Gefangenschaft loszukaufen, ungewöhnliche Abgaben, Sühnen, Brüche u. s. w. zu entrichten hatte.

134a) Mommsen a. a. O. S. 362.

135) Mommsen a. a. O. S. 380 nimmt an, daß man die Begriffe der Suität, Agnation und Gentilität schon von vornherein von den Patriciern auf die Clienten übertragen habe. Daß darin bereits eine große Abweichung von der ursprünglichen Consequenz des Verhältnisses gelegen haben würde, wird er selbst am wenigsten verkennen, und den Begriff der hereditas, des suus heres u. s. w. im juristischen Sinn wird er eben so wenig hierbei statuiren wollen. Der Vertrag zwischen Client und Patron, welcher die Basis des ganzen Verhältnisses bildete, wird auch diesen Punkt geregelt

Es ist begreiflich, daß dies Verhältniß von Seiten des Patrons, der um eine geringe Leistung wichtige Vortheile eintauschte, bereitwillig sowohl mit dem Clienten selbst als mit dessen Nachkommenschaft fortgesetzt wurde, und daß sein eignes Interesse ihn veranlaßte, seine Clienten gut zu behandeln und möglichst günstig zu stellen, sowohl um ihnen keinen Grund zu geben das Verhältniß aufzuheben — was ihnen schwerlich verweigert werden konnte — als um neue zu gewinnen. Für den, der Land genug und Arbeitskräfte zu wenig besaß, mochte es ein vortheilhaftes Geschäft sein durch unentgeltliche Ueberlassung kleiner Parzellen Landes Clienten an sich zu ziehen und seine Arbeitskräfte damit zu vermehren. Diese Verleihung von Land, die an sich dem Wesen des Instituts fremd ist,[136]) war ein sehr wirksames Mittel den Clienten an der Aufrechthaltung des Verhältnisses zu interessiren und mochte als solches in allgemeinen Gebrauch kommen[137]) und die uns von Dionysius bezeugte Thatsache bewirken, daß das Verhältniß von beiden Seiten von einer Generation auf die andere überging. Zur Erklärung dieser Erscheinung braucht man nicht mit Niebuhr im Widerspruch mit Dionysius zu der Annahme zu greifen, daß jenes Verhältniß von Seiten des Clienten unauflösbar gewesen; das beiderseitige Interesse, die Macht der Ge-

---

haben, ohne daß man nöthig hatte zu dem Zwecke Begriffe zu übertragen, welche die Rechtsfähigkeit eines römischen pater-familias voraussetzten.

136) Im Gegensatz zum Vasallenthum des Mittelalters, an das Niebuhr bei Gelegenheit der Clientel erinnert (röm. Gesch. B. 1 S. 342), und das sein rechtliches Fundament nicht in der Schutzlosigkeit des Vasallen, sondern in dem ihm verliehenen Lehn hatte.

137) Darauf zielt wohl die oft benutzte Stelle von Festus: Patres senatores ideo appellati sunt, quia agrorum partes attribuebant tenuioribus perinde ac liberis propriis. Die letzten Worte drücken das Verhältniß treffender aus als es auf den ersten Blick scheint. Bei Sueton Tib. c. 1 erhält das Claudische Geschlecht bei seiner Aufnahme in den römischen Staatsverband „agrum clientibus locumque sibi ad sepulturam". Land für die Clienten scheint also als etwas eben so Unentbehrliches angesehn worden zu sein wie das Erbbegräbniß.

wohnheit, die untergeordnete Stellung des Clienten u. s. w. konnten auch ohne diese Voraussetzung dasselbe Resultat herbeiführen.[137a])

Auffallend ist das Schweigen der lateinischen Sprache über die vermögensrechtliche Seite jenes Verhältnisses; es wird uns kein Ausdruck für jene Landverleihung an den Clienten berichtet, kein Ausdruck für das Clienten-Vermögen, ungeachtet dasselbe doch von den „bonis" eines römischen pater familias, dem „patrimonium", der „familia" (dem Hausstand desselben, Personen und Sachen gleichmäßig umfassend) sich rechtlich so sehr unterschied. Auffallend nenne ich dies Schweigen, weil wichtige Unterschiede, die im Leben selbst in auffälliger Weise hervortreten, auch in der Sprache sich abzuspiegeln pflegen. Die lateinische Sprache muß Ausdrücke für jene Verhältnisse gehabt haben; sind dieselben mit letztern selbst untergegangen, oder sollten sie vielleicht mit veränderter Bedeutung in der neuern lateinischen Sprache noch fortexistiren? Ich nehme letzteres an und erblicke im precarium[138]) und peculium zwei Ausdrücke und Institute, die ursprünglich dem Clientelarverhältniß angehörten. Beide stehen außer dem Boden des eigentlichen Rechts, sind Institute, von denen die spätern römischen Juristen sagen: magis facti sunt, quam juris, die Clientel selbst aber konnte nur In-

---

137a) Derartige widerrufliche Landleihen, sei es daß sie mit persönlicher Abhängigkeit des Empfängers verbunden sind oder nicht, wiederholen sich bekanntlich überall, so z. B. in Griechenland (K. F. Hermann Lehrbuch der griechischen Staatsalterthümer I §. 19), in Deutschland, in England (Pacht auf Widerruf, Gundermann a. a. O. S 272). Fast überall kehrt dabei die Erscheinung wieder, daß die ursprüngliche völlig freie Widerruflichkeit zunächst factisch und sodann gewohnheitsrechtlich auf gewisse Widerrufsgründe eingeschränkt wird.

138) Savigny Recht des Besitzes §. 42 hat bereits eine ähnliche Ansicht von precarium aufgestellt. Ich wurde durch den Zusammenhang darauf geführt, ohne mir jenes Zusammentreffens mit Savigny bewußt zu sein. Mommsen a. a. O. und römische Geschichte Band 1 Buch 1 Cap. 13 (Aufl. 4 S. 194) hat sich für dieselbe Ansicht ausgesprochen.

stitute von diesem Charakter kennen.[138a]) Es läßt sich das clientelarische Vermögensrecht, wie es seiner juristischen Natur und innern Consequenz nach sein mußte, nicht bloß ohne Zwang unter die Grundsätze jener beiden Institute bringen, sondern ich glaube, daß diese Anknüpfung auf letztere selbst einiges Licht wirft.

Ich denke mir die Sache in folgender Weise. Precarium hieß alles, was der Patron dem Clienten auf dessen Bitten (preces, daher precarium) zum Gebrauch einräumte; am häufigsten war dies wohl ein Grundstück, doch mochte auch Wohnung (ein Anknüpfungspunkt für die habitatio des spätern Rechts) nicht selten verliehen werden. Der beliebige Widerruf desselben verstand sich nach dem Verhältniß, in dem beide Personen zu einander standen, von selbst, er brauchte weder ausgemacht zu werden, noch war ein Verzicht darauf irgendwie juristisch wirksam.[138b]) Eine civilrechtliche Obligation war auf beiden Seiten undenkbar; es konnte weder der Patron sich obligiren dem Clienten die Sache eine bestimmte Zeit zu lassen, noch letzterer sie demnächst zurückzugeben. Begehrte der Patron sie zurück, so nahm er sie. Dritten Personen gegenüber mochte der Client sich zur Wehr setzen, dem Patron gegenüber war dies selbst dann unzulässig, wenn letzterer vor Ablauf der dem Clienten zugesicherten Nutzungszeit die Sache herausbegehrte. Als das precarium sich von seiner ursprünglichen Beziehung zum Clientelarverhältniß ablöste und auch zwischen römischen Bürgern vorkam, behielt es doch diese seine Structur bei und nahm keinen obligatorischen Zusatz in sich auf, so daß weder der Verleiher an sein Versprechen die Sache dem Empfänger eine bestimmte Zeit zu lassen gebunden war, noch letzterer in Form einer Obligation zur Zu-

---

138a) Ein Vertrag und die daran sich knüpfende moralische Verpflichtung ist auch bei ihnen nicht ausgeschlossen s. z. B. l. 12 de prec. (43. 25) ..si convenit. Juristisch freilich: „nulla vis est hujus conventionis."

138b) S. die vorige Note.

rückgabe gezwungen werden konnte. Ein precarium zwischen Römern eingegangen hieß nichts anderes als Stellung des Verhältnisses unter das Recht der patronatischen Leihe, ich darf mich vielleicht des Vergleichs mit dem deutschen „Hofrecht" bedienen. Den Vereinbarungen der Partheien über Art und Zeit der Rückgabe obligatorische Wirkung beilegen, hätte nichts anderes geheißen als ein precarium zu gleicher Zeit eingehen und nicht eingehen. Precarium und rechtliche Möglichkeit eines obligatorischen Verhältnisses zwischen beiden Theilen waren von vornherein absolute Widersprüche, und es gehörten viele Jahrhunderte dazu, um den Charakter des precarium so zu verwischen, daß man keinen Anstand mehr zu nehmen brauchte die Theorie der Innominatcontracte darauf anzuwenden.

Das Vermögen, das der Client sich selbst erworben hatte, sein Inventar und Vieh hieß peculium und stand unter denselben Grundsätzen, nach denen im neuern Recht das peculium des Haussohns und Sklaven beurtheilt wird; d. h. factisch gehörte es zwar dem Clienten, juristisch aber galt der Patron als Eigenthümer desselben. Der Name weist auf die Beziehung dieses Vermögens zur Landwirthschaft hin; wörtlich übersetzt bedeutet er „kleines Vieh" d. h. einen von der Hauptheerde gesonderten Viehstand.[138c]) Dieser Wink, den die Etymologie uns über den ursprünglichen Inhalt des peculium gibt, ist für unsere Frage nicht außer Acht zu lassen; er weist uns nämlich auf einen von dem

---

138c) Ausdrücklich bezeugt von Varro de re rustica I c. 2 non domino pecus, sed servis peculium, quibus domini dant ut pascant I, 17 concessione ve ut peculiare aliquid in fundo pascere liceat. Andere Stellen bei Göttling Geschichte der röm. Staatsverf. S. 103 Note 5, welcher in dem Peculium das junge (?) Vieh erblickt, welches heerdenweidende Sklaven auf eigne Hand (? — s. dagegen l. 4 pr. §. 1 de pecul. 15, 1 animadvertendum est, non quid servus, sed quid dominus ... fecerit) der Heerde ihres Herrn einverleibten." Daß das Freivieh die älteste Art des Peculium gewesen, sagt ausdrücklich Varro de L. L. V §. 95 (ed. Otfr. Müller) id enim peculium primum.

des Hauptgutes getrennten landwirthschaftlichen Betrieb hin, und ich brauche nicht zu sagen, wie viel natürlicher es ist uns den Clienten als Subject desselben zu denken als den Haussohn oder den Sklaven. Bei jenem enthält dieses Neben- oder kleine Vieh einen charakteristischen Hinweis auf das Verhältniß, in dem er etwa nach Art der Unfreien des Mittelalters auf den Herrenhöfen mit seiner Landwirthschaft zu der des Patrons stand. Bei dem Sohn erscheint die darin ausgedrückte separirte Landwirthschaft ungleich weniger wahrscheinlich, beim Sklaven unbegreiflich. Am Vermögen des Clienten bildete sich der Begriff des peculium aus, hier war das Bedürfniß der Sonderung eines kleineren Vermögens von dem Hauptvermögen des Herrn am dringendsten, oder die Sonderung war hier schon durch das Verhältniß selbst gegeben; dem Sohn oder Sklaven ein Sondervermögen einzuräumen war nichts weniger als nothwendig; wenn es aber geschah, lag es nahe den bereits bekannten Ausdruck peculium darauf zu übertragen. Vielleicht dürfte man sagen, daß ähnlich wie das precarium so auch das peculium aus einem ursprünglich clientelarischen Institut ein allgemein römisches geworden sei. Ist diese Vermuthung richtig, so konnte Festus in der [Note 137] mitgetheilten Stelle mit Recht die vermögensrechtliche Stellung der Clienten und Kinder identificiren; die Worte perinde ac liberis propriis enthalten dann nicht bloß einen äußerlichen Vergleich beider Classen von Personen, sondern den ihrer rechtlichen Lage, und eben so drückt unter dieser Voraussetzung der im Wort patronus liegende Vergleich mit pater die juristische Natur des Verhältnisses erschöpfend aus.

Hier, wo uns diese Clientel nur von einer bestimmten Seite interessirt, nämlich als ein durch die Rechtlosigkeit des Nichtbürgers hervorgerufenes Institut, genügt uns das bisher Gesagte. Wir haben in ihr den nothwendigen Ausgangspunkt des Rechts der dem Staat angehörigen Nichtbürger erkannt, und es kann in meinen Augen nicht zweifelhaft sein, daß alle Nichtbürger, also

ursprünglich auch die Freigelassenen[139]) in diesem Verhältniß standen. Der Strenge des Rechtsbegriffs nach war dasselbe gar kein rechtliches, aber wenn es, möchte ich sagen, auch der Form des Rechts entbehrte, so barg es doch eine rechtliche Substanz in sich. Die festen Grundsätze, die sich durch die Sitte über das Verhältniß zwischen Patron und Clienten ausgebildet hatten, der indirecte Schutz, den das Criminalrecht mit seiner Bestrafung der fraus patroni gewährte, machten die Lage des Clienten zu einer ziemlich gesicherten und den Mangel einer Klage gegen den Patron selbst weniger fühlbar. Ideen von einem Recht niederer Art setzten sich dem Institut an, es condensirte und consolidirte sich in der Ansicht des Volks zu einem Rechtsverhältniß, das nur in der Art seines Schutzes von den übrigen abwich,[140]) und so mochte ein Schritt vorbereitet werden und als ein wenig bedeutungsvoller erscheinen, der im Grunde die Vernichtung des Instituts selber enthält, nämlich der, daß dem Clienten das Recht der eignen Klage verliehen ward. Von der alten Unfähigkeit des Clienten Klage zu erheben blieb als Reminiscenz noch die, daß er ohne specielle Erlaubniß des Prätors seinen Patron nicht in jus vociren, d. h. ihn wider seinen Willen nicht verklagen durfte. Jenen Schritt aber erzwungen zu haben ist eine der ersten Thaten der Plebs, die ursprünglich ganz in dem so eben beschriebenen Verhältniß stand[140a]) und erst durch diese Emancipation sich zu den Clienten der spätern Zeit in Gegensatz stellte. Mit den Plebejern aber sind wir über die Ausgangspunkte des Rechts bereits weit hinaus, in ihnen ist jene Trennung des Privatrechts vom

---

139) So auch Mommsen, Röm. Forsch. I S. 358 fl.

140) Hinsichtlich der persönlichen und vermögensrechtlichen Stellung der Kinder gebraucht derselbe Prozeß der Entwicklung vom Factum zum Recht oder von der nur durch die Sitte gebundenen Willkühr des Vaters zur Anerkennung der privatrechtlichen Selbständigkeit des Kindes unendlich viel längere Zeit; es braucht wohl nicht gesagt zu werden, worin der Grund der Verschiedenheit liegt.

140a) Mommsen Röm. Forsch. S. 388.

öffentlichen, die gerade dem ursprünglichen Charakter des Rechts so sehr widerstrebt, bereits im Wesentlichen vollzogen. In ihnen begegnet uns im Innern des römischen Staats jenes commercium zwischen Bürgern und Nichtbürgern, das wir oben S. 233 in seiner internationalen Beziehung haben kennen lernen, und es ist nicht unmöglich, daß das commercium erst im internationalen Verkehr hat ins Leben gerufen werden müssen, um sodann auch im Innern des Staats auf das Verhältniß zwischen Bürgern und Nichtbürgern Anwendung zu finden. Das Völkerrecht ist vielleicht die Stätte, wo sich jene Trennung des Privatrechts vom Staat vollzog, die commercielle Berührung mit einem fremden Volk der Impuls zu diesem Fortschritt, der dann, nachdem er einmal nach Außen hin vollzogen, dem Staat selbst im Innern auf die natürlichste Weise dadurch zu gute kommen, ich möchte sagen aufgezwungen werden konnte, daß Mitglieder des fremden Volks sich dauernd auf sein Gebiet übersiedelten und so das commercium von außen in ihn hineinbrachten, das er, der für seine ihm angehörigen Nichtbürger nur die niedere Form des Clientelarverhältnisses kannte, von dieser niedersten Stufe aus weit langsamer würde erreicht haben.

2. Einfluß der Wehrverfassung auf Staat und Recht.

Vortheilhafter Einfluß des Krieges auf die Verfassung — Die Staatsverfassung eine Wehrverfassung — Die militärische Eintheilung des Volks — Princip der Subordination — Das Imperium — Militärischer Charakter des Königthums — Strafgewalt — Einfluß der Wehrverfassung auf die Erziehung des Volks — Sinn für äußere Ordnung und Gesetzlichkeit.

XVII. Daß der Krieg auf die Entwicklung des Rechts und Staats den heilsamsten Einfluß ausüben kann, ist weniger paradox als es klingt. Ein Krieg zur rechten Zeit kann diese Entwicklung in wenig Jahren mehr fördern als Jahrhunderte friedlicher Existenz. Einem Gewitter gleich reinigt er die Luft, macht

der politischen und moralischen Stagnation ein rasches Ende, wirft das morsche Gebäude einer schwerfälligen Staatsverfassung und drückender socialer Institutionen mit einem Stoße zu Boden und gibt den Anstoß zu einem heilsamen politischen und socialen Verjüngungsprozeß. Was dem alterschwachen Staat das Leben kosten kann, dient bei einem jugendkräftigen dazu ihn zur Anspannung seiner Kräfte zu zwingen und ein neues, frisches Leben in ihm anzuregen.

Bei den Römern war der Krieg bekanntlich nicht ein Ausnahmszustand, sondern die Regel; es war die Schule, in der sie groß geworden sind, und deren eigenthümlicher, stählender Einfluß sich auch in ihrem Recht vielfältig erkennen läßt. Schon an der ältesten Verfassung, die Rom mitbringt, ist derselbe nachweisbar; sie ist, möchte ich sagen, eine Rüstung, die zwar dem Kriege ihren Ursprung verdankt und für ihn bestimmt ist, die Rom aber, um stets gerüstet zu sein, auch im Frieden nicht ablegt. Dank der kriegerischen Gesinnungs- und Lebensweise der Römer, die sie dauernd in dieser kampfbereiten Lage erhielt; denn eben darin, daß diese Lage keine vorübergehende, sondern eine immerwährende Schule der militärischen Zucht war, lag ein unschätzbarer Vortheil. Die Unbändigkeit des römischen Sinnes, die der ruhigen, friedlichen Existenz widerstrebte und stets der Kriege bedurfte, fand in der durch diese Kriege bedingten militärischen Disciplin ihr Gegengewicht, sie band sich, kann man sagen, selber die Ruthe, durch die sie gebändigt ward. Das älteste Rom war ein stehendes Lager; die Ordnung und strenge Zucht des Lagers regierten hier, die Staatsverfassung ging auf in der Wehrverfassung. Bei andern Völkern ward das Lager abgebrochen, wenn der Krieg beendet war; die Kriegsverfassung mit ihrer Disciplin war nur für den vorübergehenden Zustand der Spannung bestimmt; mit dem Frieden fiel sie in die behaglichere Form einer Friedensverfassung zurück.[141])

141) So ließen manche germanische Völkerstämme die vortheilhaften Einrichtungen, zu denen sie bei Ausbruch eines Krieges griffen, und die bei

Den Kern der folgenden Ausführung können wir in den Satz zusammenfassen: das militärische Interesse ist das Motiv, das den Staat um einen Gedanken bereichert, den wir bis jetzt in ihm noch nicht entdeckt haben: den der Ueber- und Unterordnung. Die Ordnung des Heeres, die Wehrverfassung verbindet sich mit der Ordnung der Familie, dem Geschlechterstaat zu einer militärisch-politischen Einheit: der altrömischen Verfassung. Nicht in Rom ist diese Bildung vor sich gegangen, das Königthum und die sonstigen militärisch-politischen Institutionen erscheinen hier bereits als fertige, auf den neuen Staat nur übertragene; aber dies soll uns nicht abhalten auch rücksichtlich ihrer, wie wir es bisher stets gethan haben den Ideen und Anschauungen nachzuforschen, denen sie ihren Ursprung verdanken.

Betrachten wir zuerst die Eintheilung des Volks. Es ergibt sich auf den ersten Blick, daß dieselbe etwas gemachtes ist. Die 10 Curien der Tribus, die 10 Gentes der Curien sind nicht das Resultat einer natürlichen Entwicklung, sondern sie sind mit Absicht und eines Zweckes wegen eingerichtet. Worin bestand dieser Zweck? Fragen wir uns, wo das Bedürfniß einer Eintheilung des Volks zuerst und am dringendsten sich zeigt, so ist die Antwort: im Heerwesen. Die erste vom Staat eingeführte mechanische Ordnung ist die Schlachtordnung, hier bedarf es vor

---

nicht bloß vorübergehender Existenz den Keim einer heilsamen politischen Entwicklung hätten abgeben können, fallen, sobald der Krieg beendet war. Caesar de b. g. VI, 23: Quum bellum civitas aut illatum defendit aut infert, magistratus, qui ei bello praesint, ut vitae necisque habeant potestatem, deliguntur. In pace nullus communis magistratus, sed u. s. w. Aus Waitz deutscher Verfassungsgeschichte B. 1 S. 101 entnehme ich eine andere Stelle: Beda hist. eccl. V, 10: Non enim habent regem iidem antiqui Saxones, sed satrapas plurimos suae genti praepositos, qui ingruente belli articulo mittunt aequaliter sortes, et quemcunque sors ostenderit, hunc tempore belli ducem omnes sequuntur; huic obtemperant, peracto autem bello rursum aequalis potentiae fiunt satrapae. Die Einheit und die Disciplin dauerte nur so lange als die Noth.

allem einer nach einem durchgehenden Zahlenverhältniß geregelten Eintheilung des Volks.[142]) Man lasse sich dadurch nicht täuschen, daß diese Eintheilung zugleich politische und religiöse Beziehungen hat, es besteht eben das Charakteristische der ganzen Verfassung darin, daß die Wehrverfassung die Grundformen des Staats bestimmt, die religiösen und politischen Interessen aber sich der dadurch gegebenen Ordnung anschmiegen. Man könnte das Verhältniß vielleicht am besten in der Weise ausdrücken, daß man sagt: das Volk ist Heer,[143]) das ganze Heer hat seinen Gottesdienst und seine politischen Functionen, eben so aber auch jede Heeresabtheilung. Die Curie ist nicht eine politische Genossenschaft, die zugleich religiöse und militärische Bedeutung hat, noch weniger eine religiöse Einheit, die auch politische und militärische Functionen ausübt, sondern sie ist eine dauernde Heeresabtheilung oder, weil das Volk und Heer gleichbedeutend sind, eine Abtheilung des Volks. Auch die Gens ist eine Heeresabtheilung, aber keine gemachte; gemacht ist bloß die Zahl der Gentes. Insofern die Aufrechthaltung dieser Zahl aber nicht dem Zufall der natürlichen Fortpflanzung überlassen werden konnte, für eine sei es durch Aussterben oder auf sonstige Weise ausgefallene Gens vielmehr eine neue gebildet werden mußte, greift auch, wenn ich so sagen darf, die Kunst in diesen sonst der Natur anheimfallenden Kreis der Gens ein.

Die Schlachtordnung also ist der erste Fall der Ordnung, aber damit letztere im Kriege ihre Dienste leiste, muß sie auch im Frieden aufrecht erhalten werden. Das Volk, das nach Beendigung des Krieges heimkehrt, behält seine Heereseintheilung bei, ja es bleibt Heer, der Frieden zeigt uns im Volk nur das Heer in Ruhe wie der Krieg im Heere das Volk in Thätig-

---

142) Gewöhnlich, wie in Rom und bei manchen germanischen Völkern das Decimalsystem, bei einigen der letztern auch das Duodecimalsystem. S. Waitz a. a. O. Beil. 2 S. 275 u. flg.

143) Bei den Germanen fand ursprünglich dieselbe Identität des Volks und Heeres Statt. S. Waitz a. a. O. S. 32.

keit.[145]) Volksversammlungen sind also Heeresversammlungen, nur der Oberbefehlshaber kann sie berufen,[146]) und die einzelnen Abtheilungen versammeln sich unter ihren militärischen Vorgesetzten. Wer das dienstfähige Alter noch nicht erreicht oder bereits überschritten hat, kann mithin an der Volksversammlung keinen Antheil nehmen. Die Alten, die senes, bilden den Senatus, der keinen Beschluß zu fassen, sondern nur Rath zu ertheilen hat; ihr Alter setzt sie dazu und nur dazu in Stand, und jene Einrichtung des Senats ist nichts als die verfassungsmäßige Gestaltung des Einflusses, den Alter und Erfahrung immer ausüben. Aber mit der den Alten fehlenden Kraft gefaßte Beschlüsse auszuführen fehlt ihnen auch die Fähigkeit an der Beschlußnahme des Volks Theil zu nehmen. In den Volksversammlungen erscheinen also nur die Jungen, die Krieger, nur sie haben einen Willen, denn als Wille gilt nur der thatkräftige, der das Gewollte auszuführen vermag.[146a]) Das Volk, populus, ist daher gleichbedeutend mit der Masse der Jungen, was die Etymologie zu bestätigen scheint,[147]) und ebenso jung mit

---

145) Exercitus von exercere d. i. ex-arcere, abwehren, vergl. arx Burg, eigentlich: die Wehr. So knüpft der Begriff des Uebens ursprünglich an die kriegerische Thätigkeit an; Uebung ist kriegerische Uebung, das Volk in Uebung exercitus.

146) calare, daher classis = Volk, classis procincta = Heer. S. die Zeugnisse bei Huschke, Verf. des Serv. Tull. S. 134.

146a) Festus sub sexagenarios ... Quo tempore primum per pontem coeperunt comitiis suffragium ferre, juniores conclamaverunt ut de ponte dejicerentur sexagenarii, qui jam nullo munere publico fungerentur, ut ipsi potius sibi quam illi deligerent imperatorem.

147) Ich nehme die Ableitung an, die Kuhn, Zur ältesten Geschichte der indogerm. Völker S. 4 angibt, nämlich von pulus, jung. Seiner Mittheilung nach soll in den Veden noch die Form puli in Zusammensetzungen vorkommen. Auch puer, pubes u. s. w. gehört hierher. In populus ist die erste Sylbe nach Kuhn durch Reduplication entstanden. Anders, nämlich von Wurzel ple — πλα, leitet G. Curtius, Grundzüge der Etymol. Leipz. 1858. B. 1 S. 241 populus ab. Auch Pott, der sonst in etymolo-

waffenfähig. Pubes, mündig, wird Jemand und damit Mitglied des populus, sobald er dienstfähig ist; wer die Waffen führen kann, bedarf keines tutor mehr und darf mitstimmen in der Volksversammlung.

Es ist bereits früher (S. 115) der Versuch gemacht, in den Ausdrücken curiae, decuriae, welche die Abtheilungen des Volks bezeichnen, etymologisch eine militärische Beziehung nachzuweisen. Vir ist der Krieger (daselbst), conviria oder curia also eine Gemeinschaft derselben, eine Mannschaft, decemviria, decuria eine kleinere Abtheilung von 10 Mann.[148]) Der letzte Ausdruck bezeichnet die Gens von Seiten ihrer Stellung in der Wehrverfassung, der Ausdruck gens absolut als einen Verein der durch Geburt Verbundenen. Die ursprüngliche Wehrverfassung enthält 10 Curien, jede Curie 10 Decurien, also im Ganzen 100 Decurien; durch die Vereinigung von drei in dieser Weise organisirten Völkern verdreifachte sich in Rom diese Zahl.

Die Etymologie lehrt uns also, daß die comitia curiata ursprünglich Versammlungen des Heeres gewesen, und der Ausdruck Quirites, mit dem das Volk angeredet wird, gewährt uns ein anderes Argument. Die ethymologische Erklärung desselben ist gleichfalls bereits (S. 116) gegeben, und darnach bedeutet er

---

gischen Dingen mein Führer ist, hat eine andere Ableitung. B. 1 S. 193. — Ebenso Mommsen Röm. Gesch. 1 S. 72 (Aufl. 4): „Die Bürger sind zugleich die „Kriegerschaft" (populus, verwandt mit populari verheeren, popa der Schlächter), in den alten Litaneien ist es die „speerbewehrte Wehrmannschaft" (pilumnus poplus) auf die der Segen des Mars herabgefleht wird." Eine Analogie bietet die Bezeichnung Woiska (Woi = Krieg, woiska buchstäblich = Kriegerhaufe) in Montenegro für Volkshaufe, Versammlung.

148) Wie bei allen solchen eine Zahl enthaltenden Ausdrücken bleibt der Name derselbe, auch wenn die Zahl im Laufe der Zeit sich ändert. Gegen jene Ableitung hat sich Lange (oben S. 116) und Mommsen erklärt (a. a. O. S. 67: „curia wohl mit curare = Coerare, κοίρανος verwandt), dafür Schwegler Röm. Gesch. S. 496 mit Berufung auf das Oskische vereia = viria, Männerschaft, Gemeinde und covehria = coviria."

die Krieger, welche die quiris, die dienstmäßige Lanze, tragen. Populus Romanus Quiritium ist also die junge römische Mannschaft der Lanzenträger, das Heer in seinen Versammlungen. Man muß sich nur nicht daran stoßen, daß der Ausdruck Quirites später, als die Begriffe Volk und Heer praktisch auseinander gefallen waren, die Bürger bezeichnete, und seine Anwendung auf die Soldaten einen Schimpf enthielt; eine solche Abnutzung des Ausdruckes durch Umgestaltung der Sache selbst ist nichts Ungewöhnliches. Eben so wenig darf uns die spätere Competenz der Curiatcomitien über ihre ursprüngliche Bestimmung und ihren ursprünglichen Charakter täuschen.

Nachdem die Verfassung des Servius Tullius, die ganz im Geiste der Idee, mit der wir uns hier beschäftigen, die Wehrverfassung als Fundament des Staats beibehielt,[149]) längere Zeit bestanden hatte, konnte es für alle, die nur den gegenwärtigen Bestand der Centuriat- und Curiat-Comitien kannten, den Anschein gewinnen, als ob letztere mit der Wehrverfassung Nichts gemein gehabt hätten. Allein der Kenner des Alterthums wußte das Gegentheil,[150]) und in der Verleihung des imperium, des militärischen Oberbefehls, die nach wie vor den Curiatcomitien vorbehalten blieb,[151]) dauerte noch ein wichtiger Ueberrest ihres militärischen Charakters fort. Daß die Curiatcomitien innerhalb, die Centuriatcomitien außerhalb der Stadt auf dem Cam-

---

149) Dies zeigt sich auch in der militärischen Form der Abhaltung der Centuriatcomitien. „Das Volk erschien in den Centuriatcomitien dem Begriff der centuriae gemäß als bewaffnetes Heer, in seine Centurien und unter seine Fähnlein geordnet, die Centurionen an der Spitze, daher man auch die Ansagung von Centuriatcomitien exercitum (zum Unterschiede vom Kriegsheere auch wohl exercitum urbanum) imperare, ihre Entlassung exercitum remittere nannte." Huschke, Verf. des Serv. Tull. S. 414.

150) S. z. B. Livius V, 52. Comitia curiata, quae rem militarem continent.

151) Cic. de leg. agr. II, 12. Consuli, si legem curiatam non habet, attingere rem militarem non licet.

pus Martius Statt fanden, hängt mit der Geschichte des imperium zusammen. In der Königszeit erstreckte sich der Heerbann, das imperium, auch auf die Stadt, folglich konnten die Versammlungen des Heeres auch in der Stadt gehalten werden, mit dem Königthum aber wurde das imperium aus der Stadt exilirt, und die Centuriatcomitien der servianischen Wehrverfassung, die erst jetzt wieder ins Leben traten, wurden consequenterweise vor die Stadt und zwar in bezeichnender Weise auf das dem Kriegsgott gewidmete Feld verlegt.[152])

Wir wenden uns jetzt dem Königthum zu oder, um gleich unsere Ansicht über die Stellung desselben zur römischen Verfassung auszusprechen, der Heerführung und dem damit gegebenen Princip der Subordination. Die Ansichten über den Ursprung und den Charakter des römischen Königthums gehen weit auseinander,[153]) es ist hier aber nicht der Ort sie zu kritisiren; ich beschränke mich auf Mittheilung und Begründung meiner eigenen.

Rex, der Richtende (von reg-ere), heißt der König, nicht weil er richtet im juristischen, sondern im militärischen Sinn. Wie die militärische Ordnung bei einem kriegerischen Volk die wichtigste, älteste und der Ausgangspunkt für die politische ist, so auch das Amt des Heerführers, der diese äußerliche, mechanische Ordnung einrichtet und erhält, unentbehrlicher und älter als das des Magistrats, der die abstractere Ordnung und Einrichtung des Staats überwacht. Erst in Folge der zunehmenden Einmischung des Staats in Interessen, die früher sich selbst überlassen gewesen waren, ändert sich dies Verhältniß. In ältester Zeit aber treten die politischen Functionen des Königs gegen

---

152) Gellius XV, 27. — — quia exercitum extra urbem imperari oporteat, intra urbem imperari jus non sit, propterea centuriata in campo Martio haberi. Liv. 39, 15 cum vexillo in arce posito comitiorum causa exercitus eductus esset.

153) Hat man doch mit Ableitung des Wortes rex von ῥέζειν, opfern, jenen Ursprung in ein Priesterthum setzen wollen.

seine militärischen weit in den Schatten. Ein muthiger, geschickter Feldherr war einem kriegerischen Volke wesentlicher als ein weiser Friedensfürst. Der Akt der ersten Unterordnung vollzieht sich bei jenem leichter als bei diesem. Man muß sich des republikanischen Geistes erinnern, aus dem das römische Recht hervorgegangen ist, jener Ideen der persönlichen Freiheit, der Coordination der Individuen, der Abneigung gegen die Einmischung der Staatsbeamten u. s. w., um beurtheilen zu können, daß der Durchbruch des Subordinationsprincips, und das ist ja das Königthum, am ersten und leichtesten bei dem Punkt möglich war, wo die unabweisbare Nothwendigkeit der Unterordnung Jedem einleuchten mußte, und dieser Punkt war die Wehrverfassung. Der erste rex war ein Feldherr, den man mit Rücksicht auf seine militärische Tüchtigkeit an die Spitze stellte, und dem man die unentbehrliche Macht eines solchen, eine unumschränkte Gewalt, imperium, verlieh. Da aber das ganze Volk beständig auf dem Kriegsfuß blieb, so war auch die Feldherrnwürde eine dauernde, ein dauernder Feldherr aber, der Niemanden über sich hat, ist König.

So wie nun die politische Macht des Königs nur als Ausfluß und Appendix seiner militärischen Gewalt erscheint, eben so seine religiöse Stellung und Machtbefugniß. Wie könnte er eine Schlacht wagen, ohne sich vorher durch Auspicien der Zustimmung der Götter versichert zu haben, und wie könnte er auf ihren Beistand rechnen, ohne sie durch Opfer sich und seinem Heere geneigt gemacht zu haben? Die Religion erscheint bei den Römern als unzertrennliche Begleiterin jeder wichtigen Institution, jeder Verbindung im Innern des Staats und nach außen hin, jeder Würde und jeder wichtigen Maßregel des öffentlichen und Privatlebens. So wie der Hausvater für die Seinigen den Hausgottesdienst versieht, so der König für das Volk. Die Götter Roms verlangen nicht die Vermittlung der Priester, um sich verehren zu lassen, letztere lehren die Weise, die den Göttern wohlgefällig ist, aber die Fähigkeit für sich und alle, die er ver-

tritt, sich ihnen zu nahen, wohnt jedem Oberhaupt einer kleineren oder größeren Genossenschaft an sich schon inne.

So erscheint also die königliche Würde nicht als eine Cumulation dreier selbständiger Gewalten, der militärischen, politischen und religiösen, der König ist nicht Feldherr, politisches Oberhaupt und Priester, sondern er ist Feldherr, und in dieser Qualität ist er zugleich berechtigt, das Heer zu politischen Zwecken zu versammeln und für dasselbe zu opfern.[154]) Die Unterscheidung jener drei Qualitäten, die Ablösung einzelner Machtausflüsse derselben und ihre Gestaltung zu eignen Aemtern ist erst das Werk eines längern Entwicklungsprozesses. Von diesem spätern Standpunkt aus konnte man das imperium[155]) als Inbegriff dreier verschiedenen Gewalten bezeichnen, seiner ursprünglichen Natur nach ist es nichts als militärischer Oberbefehl. Wie es das Wesen der militärischen Disciplin erheischt, lag darin das Recht über Leben und Tod (gladii potestas), angedeutet durch die Beile auf den fasces, und dieses Recht mußte dem gewählten König erst durch einen besonderen Beschluß der Comitien übertragen werden. Dieser Akt enthält die vertragsmäßige Unterwerfung des Heeres unter den Oberbefehl des Gewählten, und darum mußte letzterer selbst zugegen sein, um diesen Vertrag mit demselben abzuschließen, mußte selbst der Versammlung den Antrag stellen.

Auch das imperium also läßt sich auf einen Vertrag zurückführen, aber auch nur die Verleihung desselben. Die Fortdauer und die Ausübung desselben im einzelnen Fall ist von der Ein-

---

154) Serv. ad Virg. III, 80. Majorum haec erat consuetudo, ut rex esset etiam sacerdos et pontifex. Dasselbe wiederholte sich in den kleineren Kreisen der Curien und der Gentes mit den Vorstehern derselben, den Curionen und den Decurionen, wie denn überhaupt die Verfassung des ältesten Staats auf Imitation beruht.

155) Die etymologische Abstammung des Wortes ist noch nicht ermittelt. Man hat wohl an parere (gehorchen), par (gleich) gedacht, allein im Oskischen findet sich die Form embratur für imperator und macht eine andere Ableitung wahrscheinlich.

willigung des Volks unabhängig; es begründet, sowie es ertheilt ist, ein dauerndes Subjectionsverhältniß. Der Umfang desselben ward durch das militärische Interesse bestimmt; soweit letzteres, so weit jenes, bei einem kriegerischen Volk aber reicht jenes Interesse außerordentlich weit. In dem imperium lag natürlich das Recht die militärische Disciplin durch eine unbeschränkte Strafgewalt aufrecht zu erhalten. Was dem Feldherrn zur Zeit der Republik nicht versagt ward, konnte auch dem König nicht fehlen. An sich war diese militärische Strafgewalt mit der des Volks durchaus verträglich; beide bewegten sich ja in ganz verschiedenen Kreisen, die eine war auf den Soldaten, die andere auf den Bürger verwiesen. Zur Zeit der Republik wurden diese Kreise streng inne gehalten, und nur, wenn man in der Noth zur Ernennung eines Dictators schritt — der heutigen Verhängung des Belagerungszustandes oder Proclamirung des Standrechts — ward die ganze Bevölkerung unter die Strenge des Kriegsgesetzes gestellt. Zur Königszeit hingegen hatte jene militärische Strafgerichtsbarkeit eine ungleich größere Ausdehnung und griff mit eiserner Hand auch ins bürgerliche Leben ein. Man braucht aber diese Ausdehnung nicht als ein Werk der reinen Gewalt, als eine Usurpation der Könige zu betrachten, sondern es lassen sich Gesichtspunkte auffinden, die dieselben motiviren, wenigstens begreiflich machen.[155a]) Zunächst nämlich war ja die militärische

155a) Dieselbe Entwicklung der militärischen Strafgerichtsbarkeit wiederholt sich bei den normannischen Königen in England, s. darüber Gneist, Die Geschichte des Selfgovernment in England. Berlin 1863. S. 86. „Vom Standpunkt ihrer lehnsrechtlichen Königshoheit aus werden die schweren Verbrechen als Militärverbrechen (felonies) Gegenstand von Strafverordnungen des Kriegsherrn. Namentlich unter Heinrich I. ist eine große Zahl neuer Fälle zu Capitalverbrechen erklärt. Die eigentlichen Criminalfälle erscheinen nun als feloniae contra pacem Domini Regis.“ Beispiele auf S. 87 daselbst: Aufruhr gegen König und Reich, im Heere, Todtschlag, Brandstiftung, Raub, Entführung, Fälschung, selbst Schlägereien, wenn sie einen tumultuarischen Charakter annehmen. Der Begriff der perduellio (s. u.) konnte sich in den Händen der römischen Könige nicht minder elastisch bewähren als der der felonies in denen der normannischen.

Gewalt des Königs keineswegs auf die Zeit des Marsches beschränkt, für die Dauer des Friedens und des Aufenthaltes in Rom selbst aber suspendirt. Behielt das Volk seine Qualität als Heer auch in Rom bei, so dauerte auch die Disciplin und mit ihr die militärische Strafgewalt fort. Die Disciplin ist aber ein sehr elastischer Begriff und ließ sich in den Händen eines herrschsüchtigen Königs ohne Gewaltsamkeit so weit spannen, daß von einem dienstfähigen Bürger kaum ein Verbrechen begangen werden konnte, das der König, wenn er wollte, nicht hätte bestrafen dürfen. Ein zweiter Gesichtspunkt gab dem König eine Strafgewalt auch über die nicht mehr zum activen Heer gehörigen Personen. Als Befehlshaber der bewaffneten Macht sollte er den Staat gegen seine Feinde schützen, die öffentliche Sicherheit, wo sie gestört war, wieder herstellen. Ob diese Feinde aber äußere oder innere und im letzteren Fall der militärischen Strafgewalt unterworfen waren oder nicht, machte keinen Unterschied; sie verfielen gleichmäßig der Schärfe des Schwertes. So wenig das Volk das Schicksal gefangener Feinde zu bestimmen hatte, sondern wie dies dem Feldherrn allein überlassen blieb, so auch die Bestrafung der inneren Feinde.[156]) Wer seinerseits als Feind als perduellis[157]) verfährt, gegen den wird auch wieder so verfahren, d. h. der König richtet ihn nach Kriegsrecht, und eine Provocation ans Volk ist unstatthaft. Das ist das weite Verbrechen

---

156) Daß der König den perduellis richtete, geht aus dem bekannten Fall des Horatius hervor, ebenso richtet Brutus als Innehaber des imperium die Verschwornen, welche dem Tarquinius die Stadt übergeben wollten. Auch im letztern Fall lag eine perduellio vor, und es scheint mir nicht statthaft aus den hier und anderwärts gebrauchten Ausdrücken: proditores, proditio u. s. w. mit Rubino S. 466 u. f. ein eignes Verbrechen der proditio im Gegensatz der perduellio zu bilden. Wäre es statthaft, so würde aber auch dieses Verbrechen nach dem im Text aufgestellten Gesichtspunkt der Strafgerichtsbarkeit des Königs anheim gefallen sein.

157) Perduellis (von para, sehr, und duellum, dem spätern bellum) Festus sub voc. hostis: apud antiquos peregrinus dicebatur et qui nunc hostis perduellis.

der perduellio = der Bethätigung feindseliger Gesinnung gegen das Gemeinwesen.[158])

Wie weit nun immerhin selbst über diese Gesichtspunkte hinaus die Strafgerichtsbarkeit des Königs sich ausgedehnt haben möge, der ursprüngliche Grund und das Gebiet derselben lag innerhalb der Wehrverfassung. Hier erscheint ihre Bildung eben so begreiflich, ja nothwendig, wie sie umgekehrt abgesehn davon gegenüber den Ideen über vindicta publica räthselhaft sein würde. Daß sie von hier aus Uebergriffe in das Gebiet der Strafgerichtsbarkeit des Volks machte, ist gleichfalls erklärlich, und ich erblicke in der gegen die Urtheilssprüche der Könige eingelegten Provocation ans Volk nichts als eine Abwehr dieser Uebergriffe, eine Reclamation des Volksgerichts in Fällen, wo der Verurtheilte die Competenz des Königs glaubte bestreiten zu dürfen[159]) und ein Interesse daran hatte dies zu thun. Es

158) L. 11 ad leg. Jul. maj. (48. 4): Perduellionis reus est hostili animo adversus rem publicam vel principem animatus. Liv. IV, 15 Vim parantem, ne judicio se committeret, vi coercitum esse; nec cum eo tanquam cum cive agendum fuisse. id. II, 45. Edicunt inde . . si quis injussu pugnaverit, ut in hostem animadversuros. Daher bei Vollziehung des Todesurtheils das Trompetensignal, Seneca de ira I c. 15: convocanda classico concio.

159) Also nicht eine Appellation an eine höhere Instanz, sondern wenn man will, eine Nichtigkeitsbeschwerde wegen Incompetenz. Bei militärischen Vergehn fiel die Provocation aus diesem Grunde hinweg, denn für sie war ja die Competenz des Königs zweifellos, und hierauf sind die Nachrichten zu beziehen, welche die Zulässigkeit der Provocation in der Königszeit verneinen. Bei gemeinen Verbrechen hingegen waren die Volksgerichte competent, und wenn hier dennoch der König eingeschritten war, so mochte der Verurtheilte auf sein competentes Gericht provociren; hierauf beziehe ich die Nachrichten, welche bezeugen, provocationem etiam a regibus fuisse. In dem bekannten Fall des Horatius (Liv. I, 25. 26) erhielt die Verstattung der Provocation eine große Vergünstigung, denn Horatius tödtete die Schwester, als er mit dem siegreichen Heere in Rom einzog, also als Soldat. Dies war der Grund, der diese Provocation so auffällig machte, und warum der Vater des Fabius (Liv. VIII, 33) sich auf dieses Beispiel berief, denn was er wollte, war ebenfalls die Verstattung einer Provocation gegen ein militärisches Vergehen.

braucht aber nicht ausgeführt zu werden, daß und warum bei diesem Conflict beider Strafgewalten die Lage des Königs eine unendlich viel günstigere war als die des Volks, das erst durch den König zusammenberufen werden mußte. Kein Wunder, daß es im Lauf der Zeit seinen Antheil an der Strafrechtspflege auf das Minimum beschränkt sah, das der König ihm einzuräumen für gut fand.

Die im Bisherigen entwickelte Auffassung des römischen Königthums oder richtiger seines ursprünglichen Motives hat den Vorwurf einer zu einseitigen Betonung des militärischen Gesichtspunktes auf sich geladen, und da dieser Vorwurf aus dem Mund von Männern kommt,[159a]) denen ich in Bezug auf diese Parthie des römischen Alterthums ein competenteres Urtheil zutraue als mir selber, so wage ich nicht ihn zurückzuweisen. Das Bedürfniß für das römische Königthum nach einer Erklärung zu suchen, haben auch Andere gefühlt, und wenn man die Umgebung und den Boden, die dasselbe vorfindet, sich vergegenwärtigt, wird man sich diesem Gefühl schwerlich zu entziehen vermögen. Der Geist, der uns aus allen Spuren der Urzeit anweht, ist kein dem Königthum günstiger, es ist der Geist des trotzigen Selbstgefühls, der individuellen Unabhängigkeit und Selbständigkeit, der Gedanke, daß Jeder sein eigner Herr ist und nur so weit es nicht ist, als er einem Andern eine Gewalt über sich eingeräumt hat. Mit diesem Geist erscheint das Königthum in meinen Augen psychologisch nur vereinbar, wenn man seine Einführung auf Gründe zu stützen vermag, die selbst für jenen Sinn etwas Zwingendes haben mußten. Vergebens aber sehe ich mich außer dem obigen Gesichtspunkt nach solchen Gründen um. Es ist nicht wahr, daß das Interesse der Rechtspflege den König hätte ins Leben rufen

---

159a) Wie z. B. Schwegler Röm. Gesch. I S. 651.

können; bei unläugbarer Schuld vollzieht der Gläubiger selber die Execution, ohne daß ihm die Obrigkeit den Schuldner erst zuspricht, bei zweifelhaftem Anspruch übertragen beide die Entscheidung einem Mann ihrer Wahl (S. 167). Eben so wenig aber will es mir einleuchten, daß der römische König wie in den Theokratieen des Orients der Religion sein Amt verdankt hätte. Die Religion ist in der römischen Kosmogonie (§. 8) erst das Zweite, Numa kommt erst nach Romulus, und darin ist das Verhältniß der geistlichen Hierarchie der weltlichen gegenüber vorbildlich ausgeprägt. Daß der geistliche König zugleich Feldherr hätte sein sollen, wird Jeder, der eine Ahnung vom römischen Wesen hat, für eine Unmöglichkeit erklären; daß umgekehrt der Feldherr oder das weltliche Oberhaupt zugleich sacrale Functionen hatte, wird Niemanden Wunder nehmen.

Man hat das römische Königthum nach Art des Patriarchalstaats an die väterliche Gewalt anknüpfen wollen[159b]) — für einen auf das Familienprincip gegründeten Staat eine an sich ganz plausible Idee. Allein man führe sie einmal consequent durch, um zu sehen, wohin man gelangt. Hätte die römische Welt für diese Verwendung der patria potestas Sinn und Verständniß gehabt, so hätte doch die Verfassung der gens den nächsten Anlaß dazu bieten müssen, der Patriarch der gens hätte das naturgemäße Urbild des obersten Patriarchen abgegeben. Aber die Verfassung der gens ist durch und durch republikanisch organisirt, die Gentilen erben, helfen, beschließen, üben die Disciplinargewalt

---

159b) Am entschiedensten Lange Röm. Alterth. B. 1 (Aufl. 2) §. 44, obschon er die großen Abweichungen beider Verhältnisse einräumen muß, s. S. 237, 240. „Widerspruch in sich selber.“ Im Wesentlichen auch Mommsen Röm. Gesch. I, 1 Kap. 5 (Aufl. 4) S. 64 ... „sichtbare Einheit des obersten röm. Hauses, das ganz Rom einschloß ...“ „Alsdann hat er ganz die Macht in der Gemeinde, die im Hause dem Hausvater zukommt und herrscht wie dieser auf Lebenszeit ... Ihm steht wie dem Vater das Züchtigungsrecht und die Gerichtsbarkeit zu.“

aus. Wir wissen von einem „princeps gentis“,[159c]) aber Nichts von einem monarchischen Oberhaupt derselben. Wenn einmal die Verfassung des Gesammtstaates — und dahin geht ja die obige Ansicht — der des Hauses nachgebildet war und darum der Posten des Hausvaters sich in dem des Königs wiederholen soll, wie kommt es, daß derselbe gerade in dem der Familie noch ungleich näher stehenden engeren Kreise der gens fehlt? Die Architektonik des ältesten Staats beruht wesentlich auf Nachbildung des kleineren Kreises im größeren, dem Gesetz der Imitation und Symmetrie, damit kann ich es aber durchaus nicht vereinigen, daß man bei der angeblichen Hinübernahme des Vaters aus der Familie in die Staatsverfassung das so wichtige Mittelglied der gens, der Curien nicht zu gedenken, übersprang. Aber auch die Stellung des römischen Königs zum Volk entspricht keineswegs der Gestalt, die sonst das Patriarchenthum an sich trägt, der gänzlich mangelnden etymologischen Andeutungen völlig zu geschweigen. Das Vermögen des Staats ist nicht „königliches Gut“, sondern res publica, der König wird nicht einer bestimmten Familie entnommen, noch weniger durch Geburt bestimmt, sondern er wird völlig frei gewählt, über das Vermögen des Einzelnen hat er nicht die geringste Macht, während die väterliche Gewalt umgekehrt das ganze Vermögen des Hauses in die Hände des Kindes legt. Und nach außen hin, wo er Gelegenheit gehabt hätte sein Volk als Vater zu vertreten, ist nicht er es, der dies thut, sondern es wird ein eigner „gemachter Vater“ (pater patratus) für den einzelnen Fall ernannt, der, nachdem er dem fremden Volk seine Klagen vorgebracht hat, in sein Nichts zurücksinkt, um später dem König als Feldherrn Platz zu machen. Die Formel, deren sich dieser Sendbote bedient — offenbar eine der ältesten, die uns erhalten sind (Liv. I, 32) — ist für die Stellung, welche der König ein-

---

159c) Macrob. Sat. I, 6 i. f. princeps Corneliae gentis. Sueton. Tib. c. 1 Atta Claudio gentis principe.

nimmt, höchst charakteristisch. In ihr ist von letzterem gar nicht die Rede, sondern bloß vom Volk! Der Mann kündigt sich an als „Bote des römischen Volks", und nachdem er seine Litanei beendet hat, droht er nicht etwa damit, daß er es dem König sagen werde, sondern daß die „Aeltesten" daheim das Weitere berathen würden. Der Krieg ist beschlossen, wenn die Majorität des Senats sich dafür erklärt hat, ohne daß der König dabei weiter etwas zu thun hätte als abstimmen zu lassen. Und bei der Ankündigung des Krieges ist wiederum vom König gar keine Rede, der Gesandte kündigt ihn an als beschlossen vom Senat in seinem und des römischen Volks Namen. Und jetzt erst, wenn das Heer zu Felde zieht, merkt man, daß ein König da ist d. i. der Feldherr.

Doch es sei dem, wie ihm wolle — möge ich immerhin die Qualität des Feldherrn im römischen König zu ausschließlich betont haben, so viel glaube ich behaupten zu dürfen, daß von diesem Ausgangspunkt aus das ganze römische Königthum sich ungleich befriedigender psychologisch und historisch erklären läßt, als wenn man es an die Religion oder die väterliche Gewalt anknüpft. Mögen auch andere Ideen mitgewirkt haben — an dem vorwiegend militärischen Charakter des römischen Königthums halte ich nach wie vor fest, und ich kann es mir nicht versagen, bei dem geringen Anklang, den diese Idee zur Zeit noch gefunden, wenigstens eine Autorität für sie anzuführen. Es ist eine Stelle aus Schweglers römischer Geschichte (I S. 523), die ich im Folgenden abdrucken lasse.

„In den beiden ersten Königen des römischen Staats, heißt es hier, hat der Mythus die beiden, auf den ersten Anblick so disparaten Grundelemente des römischen Wesens personificirt, den kriegerischen Geist der Nation und ihre Deisidämonie. Daher mußte der erste König den römischen Staat durch Waffengewalt begründet, ihm den Geist der Eroberung, den Ehrgeiz kriegerischer Ueberlegenheit eingeflößt, der zweite ihn durch Religion und Sittigung neu gegründet, gleichsam neu geboren haben. Die kriegerische Thätigkeit ist es also, was den Mittelpunkt des romu-

lischen Wirkens ausmacht: ist doch die Ermahnung zum eifrigen Betrieb des Waffenwerks das letzte Wort, das er an seine Römer richtet, gleichsam sein politisches Testament. Es läßt sich nicht läugnen, daß dieser Dichtung eine richtige Idee zu Grunde liegt. Jedem Staate gehen die Bedingungen seines Ursprungs nach: keiner kann seine historische Basis ändern: und wenn es wahr ist, daß ein Reich mit denselben Mitteln behauptet werden muß, durch welche es begründet worden ist, so hat auch der umgekehrte Schluß einigen Schein der Wahrheit, daß mit denselben Mitteln, durch welche ein Reich behauptet werden muß, in der Regel auch seine Gründung bewerkstelligt worden ist; daß folglich ein Staat, der nur durch das Schwert besteht, dem Schwerte auch seinen Ursprung verdankt. Die Nationen haben häufig in ihren Gründungssagen ein sehr richtiges Bewußtsein ihres nationalen Charakters und ihres historischen Berufs niedergelegt. Kauf und List waren die Mittel, die bei Karthagos Gründung angewandt worden sein sollen: nicht glücklicher konnte der Geist dieses Krämervolks symbolisirt werden. Mit dem Schwerte soll Rom gegründet worden sein, ein Kriegsheld soll es gestiftet haben: kein anderer Stifter, als ein solcher, war des großen Martialstaats würdig."

So weit Schwegler. Und damit möge die Frage vom römischen Königthum beschlossen sein. Aber ein Anderes bleibt uns noch übrig, es ist der culturhistorische Einfluß der militärischen Disciplin auf das römische Volk — ein Einfluß, den meines Erachtens auch die Rechtsgeschichte nicht außer Acht lassen darf. Er steht im engsten Zusammenhang mit jenem Sinn für strenge äußere Ordnung und unverbrüchliche Beobachtung der Form, welcher dem römischen Volk in so hervorragender Weise eigen war. Keine andere Schule ruft denselben so leicht und so sicher hervor wie die militärische Zucht. Der Sinn, den sie erzeugt, ist allerdings nur eine untergeordnete Form des sittlichen Geistes, er hat etwas Unfreies, beruht mehr auf mechanischer Gewöhnung als auf innerlicher, sittlicher Durchbildung, ist mehr

auf die äußere Form und stereotype Gleichmäßigkeit der Ordnung als auf ihr inneres Wesen gerichtet. Gleichwohl ist er von unschätzbarem Werth, und ein Volk, das etwas Großes erreichen will, bedarf der militärischen Erziehung. In Zeiten der Verwilderung ist der Krieg, der das Volk unter die Zuchtruthe der militärischen Disciplin bringt, die Stahlkur der Völker, das sicherste Mittel zu ihrer Genesung. Nicht in der Strenge liegt die heilende Kraft der militärischen Disciplin; ein despotisches Regiment kann sie darin weit überbieten und entnervt und demoralisirt doch ein Volk weit mehr, als daß es dasselbe kräftigt. Während letzteres nur die Strenge der Willkühr übt, handhabt die militärische Disciplin die Strenge der Ordnung; es gibt vielleicht kein Verhältniß, welches in dem Grade die Nothwendigkeit der äußern Ordnung dem Menschen begreiflich macht und ihm eine so unvertilgbare Abneigung gegen alle Unordnung, Formlosigkeit und Regellosigkeit einprägt als die militärische Zucht.

Das römische Volk der Königszeit war so glücklich eine Verfassung zu besitzen, die dasselbe im Frieden wie im Krieg in dieser militärischen Zucht erhielt. Nachdem es darin seine Erziehung gefunden,[160]) der Geist der Ordnung und Gesetzlichkeit dem Volk zur zweiten Natur geworden, mochte diese Schule ohne Gefahr auf die Zeiten des Krieges beschränkt werden. Die Eroberungssucht der Römer stürzte sie unaufhörlich in neue Kriege und wandte damit jeder neuen Generation den Vortheil einer militärischen Erziehung zu. Der Krieg lehrte den Werth der Ordnung kennen, der Frieden den der Freiheit, und die Jugend des römischen Volks erwarb sich in der strengen Schule des Gehorsams, die übrigens schon im Hause mit der patria potestas begann, die Würdigkeit und Fähigkeit zum Herrschen.

In der Geschichte des römischen Volks wie in dem Recht

---

160) Die Römer selbst erkannten dies an; s. z. B. Livius lib. II, 1 in seiner Reflexion über die Königszeit.

selbst tritt der Einfluß jener Erziehung in höchstem Grade hervor. Es ist ein Verdienst von Hegel,[161]) das durch die Art, wie er diesen Gedanken outrirt (S. 100) nicht aufgehoben wird, auf den Einfluß, den die militärische Disciplin auf die römische Sinnesweise ausgeübt hat, aufmerksam gemacht zu haben, und der Rechtshistoriker ist am meisten in der Lage den Werth dieser Bemerkung zu würdigen, insofern gerade er den Fingerzeig, den sie gibt, weiter verfolgen kann. Jener Formalismus des römischen Rechts, den wir im zweiten System als einen der hervorstechendsten Charakterzüge desselben kennen lernen werden, wo fände er, wenn man ihn nicht unvermittelt und unerklärt als einfache Thatsache stehn lassen will, einen bessern Anknüpfungspunkt als in dem Formalismus der militärischen Disciplin? Was ist er anders als gleich letzterem die Ordnung der Ordnung wegen, die Disciplin der Rechtsgeschäfte, die auf strenge Gleichmäßigkeit unerbittlich hält und jedes Versehn, jede an sich gleichgültige, bedeutungslose Abweichung von der äußern Ordnung unnachsichtlich straft? Für das römische Recht enthält er dieselbe Schule der Zucht und Ordnung, die das Volk im Lager fand. Hier im Lager wurde das Volk an jene Subordination, an jene Strenge des Buchstabens gewöhnt, die es nachher in den Formen seines Rechtslebens wiederfand; ein im Dienst ergrauter Feldherr hätte nicht mit größerer Pedanterie und Strenge die äußere Ordnung des Rechtsverkehrs feststellen und beaufsichtigen können als die alten Juristen. Den segensreichen Einfluß, den diese

---

161) Philos. der Geschichte 1840 S. 346: „Denn sie (die Stiftung des Staats) führt unmittelbar die härteste Disciplin mit sich, sowie die Aufopferung für den Zweck des Bundes. Ein Staat, der sich selbst erst gebildet hat und auf Gewalt beruht, muß mit Gewalt zusammengehalten werden. Es ist da nicht ein sittlicher, liberaler Zusammenhang, sondern ein gezwungener Zustand der Subordination, der sich aus solchem Ursprunge herleitet;" vor allem aber S. 350, wo er namentlich auch hervorhebt, daß „die Plebs im Aufstande und in der Auflösung der gesetzlichen Ordnung so oft durch das bloß Formelle wieder zur Ruhe gebracht sei."

militärische Disciplinirung der Rechtsgeschäfte auf die Entwicklung des römischen Rechts ausübte, können wir erst im zweiten System schildern, aber schon hier ist der Ort zu der Bemerkung, daß an der Größe des römischen Rechts der kriegerische Sinn der Bevölkerung einen Hauptantheil des Verdienstes hat.

III. Das religiöse Princip mit seinem Einfluß auf Recht und Staat.

Gegensatz des religiösen Rechts (fas) und weltlichen (jus) — Hervortreten des religiösen Elements in den verschiedenen Theilen des Rechts, namentlich im Strafrecht — Die Strafe als religiöses Sühnemittel — Der homo sacer — Das Privatrecht.

Civitas quae nunquam profecto sine summa placatione deorum immortalium tanta esse potuisset. Cic. de nat. deor. II, 2.

XVIII. Die Elemente der römischen Rechtswelt, welche die bisherige Entwicklung uns vorgeführt hat, bewegen sich sämmtlich in der nüchternen prosaischen Sphäre des Zweckbegriffs — Ideen und Einrichtungen von praktischer Tendenz, als solche werthvoll und unentbehrlich, aber ohne höhern sittlichen Schwung. Ist je ein Recht und Staat aus solchem Material erbaut worden? Soviel wir wissen, nie! „Was ein Volk aus der eignen Mitte schöpfen soll, sagt treffend Jakob Grimm, wird seines gleichen, was es mit Händen anfassen darf, wird entweiht; ohne Unnahbarkeit wäre kein Heiligthum, woran der Mensch hangen und haften soll, gegründet.“

Ueberall, wo das Recht in der Geschichte zuerst auftritt, erscheint es in Verbindung mit einer andern Macht, die, indem sie ihm den Stempel höherer Weihe verleiht, es dem Wechsel der Interessen und Zwecke, der Kritik des Verstandes und dem Belieben der nackten Gewalt entzieht, es in eine gewisse ehrfurchts-

volle, unnahbare Ferne rückt — der Religion. Die Gebote des Rechts werden zu Geboten Gottes erhoben, seien es bloß gewisse von besonderem sittlichen Ernst und Gewicht, seien es sämmtliche. Nicht als wenn dabei Absicht, Berechnung, ein frommer Betrug im Spiel wäre, sondern das Gefühl von der sittlichen Natur des Rechts, indem es subjectiv der religiös gestimmten Natur als Stimme Gottes vernehmbar wird, lagert objectiv seine Eingebungen und Anschauungen als göttliche Offenbarungen ab. Das religiös erregte Gemüth des Orients vernimmt diese Stimme Gottes überall, bei allen Verhältnissen und Geboten des Rechts sowohl wie der Moral; die Sphären des Rechts, der Moral und der Religion gelangen hier gar nicht zu ihrer Selbständigkeit, die Idee des göttlichen Willens stellt sie alle auf eine und dieselbe Linie. Aber das kälter gestimmte Gemüth der Culturvölker des Abendlandes kennt neben den Geboten und Verhältnissen des Rechts und der Moral, die ihm im Lichte göttlicher Anordnungen und Einrichtungen erscheinen, bereits andere, bei denen es sich ihres rein menschlichen Ursprunges und Charakters sehr wohl bewußt ist. Bei dem griechischen Volk hat sich diese Scheidung erst in historischer Zeit vollzogen,[163a]) bei dem römischen bereits in der Urzeit, es bringt, gleich als wollte es damit sofort von vornherein seinen Beruf für die Welt des Rechts und sein praktisches Zersetzungsvermögen documentiren, den Gegensatz von fas und jus, in dem jene Scheidung ausgeprägt ist, schon bei seinem ersten Auftreten mit.

Fas ist das religiöse, heilige oder offenbarte Recht.[164]) Das

---

163a) K. F. Hermann, Ueber Gesetze, Gesetzgebung und gesetzgebende Gewalt im griechischen Alterthum. Abdruck aus B. 4 der Abh. der Gesellsch. der Wissensch. zu Göttingen. Daselbst 1849. S. 7 fl. Der Gegensatz stellt sich dar in θέμις und θεσμὸς auf der einen und νόμος und δίκη auf der andern Seite. Bei Homer kommt nur θεσμὸς, nicht νόμος vor.

164) Isid. Orig. V, 2: Fas lex divina, jus lex humana est. Serv. ad Georg. I, 269. Fas et jura sinunt i. e. divina humanaque jura permittunt, nam ad religionem fas, jura pertinent ad homines. Die Sanskrit-Wurzel bhâ, von der man dies Wort abzuleiten pflegt, bedeutet:

Fas schließt sowohl die Religion, soweit sie rechtliche Gestaltung annimmt, also in unserer heutigen Sprache das Kirchenrecht, als das Privat- und öffentliche Recht, soweit es eine religiöse Beziehung hat, in sich — eine Unterscheidung, die wir machen dürfen, um uns den Umfang des Fas klar zu machen, die übrigens im Fas selber nicht hervortritt. Nicht das ganze Recht hat einen religiösen Charakter, die religiöse Substanz durchdringt, wenn ich so sagen darf, nicht mehr den gesammten Organismus, sondern Gott und Menschen, Religion und Staat haben sich bereits getheilt, eine Gränzscheidung vorgenommen. Das Jus ist Menschensatzung, daher veränderlich, bildsam. Die bindende Kraft desselben beruht auf der gemeinsamen Vereinbarung des Volks, die Nichtachtung desselben verletzt bloß menschliche Interessen. Das Fas hingegen stützt sich auf den Willen der Götter, ist also unabänderlich, insoweit nicht die Götter selbst eine Neuerung belieben; die Uebertretung desselben enthält einen Frevel gegen die Götter. Mit dem Fas blickt das römische Recht, möchte ich sagen, nach dem Orient, mit dem Jus nach dem Occident; jenes ist die stabile, dieses die progressive Seite desselben. So bewährt also dieser sprachlich ausgeprägte, d. h. zum Bewußtsein gekommene Dualismus des Rechts, dem wir beim ersten Eintritt in unser Gebiet begegnen, bereits die zersetzende Kraft des römischen Geistes. In culturhistorischer Beziehung ist er eine sehr beachtenswerthe Erscheinung und bezeichnet einen höchst wichtigen Fortschritt des menschlichen Selbstbewußtseins.

Schon der Grund und Boden, den wir betreten, zeigt uns die Einwirkungen der Religion. Götter, Gemeinde und Indivi-

---

scheinen, daher auch das griech. φαίνειν und φάος das Licht. Pott a. a. O. S. 195: Verwandt damit sind φημί und fari von der Wurzel bhash (sprechen). Pott S. 271. Es waltet hier ein ähnlicher Zusammenhang zwischen scheinen, zeigen und sagen (mit Worten zeigen), wie bei dicere (S. 163 Anm. 69). Fas ist etymologisch also entweder das Scheinende, das Licht, oder eine Weisung (der Götter), ein Götterausspruch, wie fatum. Ueber die Etymologie von jus s. Note 114.

duen haben sich darein getheilt, aber nicht bloß der Theil der Götter genießt des religiösen Schutzes, auch die Mauern der Stadt, die Gränzen der Privatgrundstücke,[164a]) wie Steine, Bäume, Gräben, die Früchte auf dem Felde u. s. w. participiren daran, und wer die Mauern verletzt, die Gränzen verrückt, die Früchte bei nächtlicher Weile stiehlt, der versündigt sich gegen die Götter und ladet den Zorn derselben und die schwerste Strafe auf sich.[164b])

Aber näher als der Boden steht den Göttern die sittliche Welt, die darauf gegründet ist. Am nächsten der Theil derselben, der sich auf ihren unmittelbaren Dienst bezieht: der Cultus und die Kirchenverfassung, wenn man diesen modernen Ausdruck gebrauchen darf. Varro behandelte diese Verhältnisse („res divinae") nach vier Kategorien,[164c]) welche an die drei der Juristen: personae, res, actiones erinnern. Der Kategorie der personae entsprach die „de hominibus", worin er die geistlichen Behörden, der zweiten (res) die de locis, worin er die heiligen Orte: die res sacrae und religiosae behandelte, der dritten (actiones) die zwei letzten de temporibus, über die heiligen Zeiten und Spiele und die de sacris über die Consecrationen und Opfer. Der Zweck der ganzen Ordnung war das ganze Volk zum Dienste der Götter heranzuziehen und zwar nicht etwa in freier Weise, so daß der Irreligiöse sich dem hätte entziehen können oder den Priester hätte für sich beten und opfern lassen können, sondern mittelst rechtlichen Zwanges und so, daß Jeder selber die ihm obliegenden Handlungen vorzunehmen hatte. Der Gottesdienst war eine Staatsinstitution, die wie jede andere durch

---

164a) Ebenso nach germanischem Recht. F. Thudichum, Die Gau- und Markverfassung in Deutschland. Gießen 1860 S. 125: „Die bösliche Beschädigung und Verrückung der Gränzzeichen galt als Frevel an der Gottheit."

164b) Das Weitere über den Gränzfrieden s. bei Rudorff in den Schriften der römischen Feldmesser. II S. 236 fl.

164c) Becker-Marquardt, Handbuch der Röm. Alterth. IV S. 3.

rechtliche Verpflichtung gesichert war. Denn das Volk ist den Göttern auch für den Einzelnen verantwortlich; sie rächen, was der Einzelne fehlt, versieht, frevelt, am Ganzen. Darum beschränkt sich diese Ordnung nicht bloß auf die sacra des gesammten Volks und aller seiner einzelnen Kreise, sondern sie geht bis in die Familien hinunter, und die Wächter dieser Ordnung: die pontifices tragen dafür Sorge, daß bei Erbfällen und Arrogationen die Verhältnisse der Privatsacra geregelt werden. Letztere ruhen wie eine Erbschaftssteuer auf jeder Erbschaft (nulla hereditas sine sacris).

Und nicht karg zugeschnitten ist, was man den Göttern spendet. Der jährliche Aufwand für die Spiele, Feste und Opfer wog in alter Zeit sicherlich schwerer als alle andern Posten des römischen Staatsbudgets zusammengenommen. Während das Aera nicht selten in bittere Verlegenheiten kam und zu Anleihen seine Zuflucht nehmen mußte, erfreuten sich die Götter stets des glänzendsten Wohlstandes und des reichsten Einkommens — das Kirchengut war unantastbar, als Eigenthum der Götter (res divini juris) stand es außerhalb des commercium.[165]) Erst die spätere Zeit wagte es das Einkommen der Götter zu schmälern, indem es z. B. die Einnahme aus den Succumbenzgeldern bei der legis act. sacramento dem geistlichen Fond entzog und dem weltlichen überwies. Das Besitzthum der Kirche bestand außer den unmittelbar der Gottesverehrung gewidmeten Tempeln, heiligen Orten und dem dazu gehörigen beweglichen Inventar aus den zur Versorgung der Priester und zur Bestreitung sonstiger Ausgaben bestimmten Ländereien. Es waren ihr aber noch außerdem manche Quellen des Einkommens geöffnet. Ob der

---

165) Diese Sicherheit, deren sich das Kirchengut erfreute, war die Veranlassung, warum man gern werthvolle Sachen und wichtige Urkunden in Tempeln deponirte (sacro commendatum, Cic. de leg. II, 16). Uebrigens konnten res religiosae und sacrae der Weihe entkleidet, res „profanae" werden. Böcking Pandekten I §. 69 Note 9 (Aufl. 2).

Zehnte, dessen sich die Kirche so vielfach zu erfreuen gehabt hat, und der auch für das römische Alterthum bezeugt wird, eine obligatorische Einrichtung gewesen, steht dahin; es wird uns gemeldet, daß man in alter Zeit gewohnt gewesen sei ihn zu geloben,[166]) was aber offenbar später abgekommen sein muß, denn die spätere Tradition weiß nur von einzelnen Fällen zu berichten.[167]) Dagegen gehörten der Kirche die Succumbenzgelder des Civilprozesses, und bei schwereren Verbrechen ward das ganze Vermögen des Missethäters der erzürnten Gottheit zugewiesen.[167a]) Verstöße gegen die religiöse Ordnung und Satzung (piacula) wurden durch piamenta, den Multen des Civilrechts entsprechend, gesühnt.[167b]) Eine freie, aber nach der Sitte des römischen Lebens höchst ergiebige Quelle bildeten die Gelübde (vota), durch welche man sich die Geneigtheit und Unterstützung der Götter für Unternehmungen aller Art zu erkaufen pflegte. Für die den einzelnen Genossenschaften und Familien obliegenden Culte hatten letztere selber die Auslagen zu bestreiten.

Doch das Religions- und Kirchenwesen als solches hat für

---

166) Bei Macrobius Sat. III, 12: Varro . . testatus, majores solitos decimam Herculi vovere. Varro de L. L. VI, 54 Herculi decuma. Festus: Decima quaeque veteres diis suis offerebant. So auch nach dem Zeugniß von Varro bei Macrob. Sat. I c. 7 bei den Pelasgern: decima praedae secundum responsum Apollini consecrata.

167) Macrob. III, 6 (Zehnte vom Handel) Liv. V, 21 (von der gesammten Kriegsbeute).

167a) So beim homo sacer (s. u.). Nach Isidor Orig. VI, 29 (abgedruckt Note 182) und Serv. ad Aen. I, 632 sacrificia de bonis damnatorum ward der Nachlaß eines jeden Hingerichteten zur supplicatio der Götter verwandt. „De bonis execrandorum, fügt Servius hinzu, sacrae res fiebant.“

167b) S. darüber Danz Der sakrale Schutz S. 98 fl.; es werden hostiae majores und minores unterschieden; die „pecunia publica“, wodurch der Vater des Horatius seinen Sohn expiiren sollte (Liv. I, 26) wird zum Ankauf der Opferthiere bestimmt gewesen sein. Von den Multen erhalten aber die Götter nicht selten Geschenke, z. B. Liv. X, 23, 33.

unsere Zwecke wenig Interesse,[168]) ungleich wichtiger ist es uns zu überzeugen, wie das religiöse Element und das Fas das ganze Leben durchdrang. Wir beginnen mit dem Staat.

Der Staat mit seiner Ordnung ist durch einen religiösen Weiheakt unter den Schutz der Religion gestellt, gewissermaßen zu einem Gotteshaus gemacht, an dem man ohne Willen der Götter, die es bewohnen, nichts ändern darf. Wer gegen diese heilige Ordnung des Staats frevelt, versündigt sich daher auch gegen die Götter. Kein Theil dieses Gebäudes, das nicht einem besondern Gotte heilig wäre. Politische Verbindung ohne religiöse ist den Römern undenkbar, daher hat nicht bloß jede Gens, Curie und Tribus ihre besondere Gottesverehrung, sondern wenn Rom mit andern Völkern eine dauernde politische Gemeinschaft eingehen will, so muß auch zwischen ihnen eine religiöse Gemeinschaft begründet werden. Aus diesem Grunde nimmt Rom die Götter aller Völker, die es mit sich vereinigt, in sich auf, wie es seinerseits letztere zum Jupiter Capitolinus als dem Schirmherrn des gesammten römischen Staates zuläßt. Die Götter sind Staatsgötter; ihr Gebiet kann nicht weiter reichen als das des Staats, aber nothwendigerweise auch so weit als dieses, es erweitert und verengert sich in demselben Maße als letzteres. Politische Trennung des Volks hob demgemäß die ursprünglich nationelle Einheit des Cultus auf,[169]) mit jedem Staat, der sich in mehrere

---

168) In der Darstellung der Rechtsgeschichte darf es freilich nicht übergangen werden, und mit Recht hat Walter Röm. R.-G. I Kap. 18 (Aufl. 3) ihm eine genaue Beachtung geschenkt, worauf hier verwiesen werden mag.

169) Ich kann mir nicht versagen aus den an trefflichen Aufschlüssen reichen „Studien und Andeutungen im Gebiete des altrömischen Bodens und Cultus" von Ambrosch Heft 1. Bresl. 1839 eine hierher gehörige Bemerkung abdrucken zu lassen: „War auch, heißt es dort S. 178, Jupiter und Juno aus einer allen Lateinern gemeinsamen Anschauung hervorgegangen so wurde doch diese Einheit der Anschauung zu einer vielfachen, als in Alba, Präneste, Gabii, Rom sich ein politisches Leben gestaltete; der Nationalgott wurde ein römischer, gabinischer u. s. w. somit auch die religio Gabina für

auflöste, spaltete sich auch die Gottheit in ebenso viele besondere sich fortan fremd gegenüberstehende Götter. Politische und religiöse Peregrinität deckten sich wie umgekehrt politische und religiöse Gemeinschaft. Der Nichtbürger kann die Götter Roms nicht verehren, der Bürger muß es, durch Anbetung fremder Götter würde er seine staatsbürgerlichen Pflichten verletzen.

Wer den Staat oder irgend eine politische Einheit repräsentirt, vertritt dieselben auch den Göttern gegenüber, die Beamten sind geborne Priester; die religiösen Functionen bilden fortwährend einen nothwendigen Bestandtheil ihrer Amtsthätigkeit. Die Kenntniß des Ritus mögen sie sich immerhin von Personen des geistlichen Standes suppeditiren lassen, aber die religiöse Handlung selbst geht von ihnen aus, die Fähigkeit ist ihnen durch das Staatsamt verliehen. Der König wie später der Consul opfert und stellt die Auspicien an in Rom wie im Felde.

Sich die Gunst der Götter zu erhalten ist die erste Sorge des Staats,[170]) und mit Aengstlichkeit wacht er ihres Dienstes. Opfer, Feste und Spiele reihen sich eins ans andere, jede Unthat, jedes Versehn, das die Götter reizen könnte, wird gesühnt, jedes Zeichen und Wunder, aus dem sich ihr Wille entnehmen läßt, beachtet, und wenn sie dennoch zürnen d. h. wenn Rom Unglück hat, so erschöpfen sich Priester und Zeichendeuter in Nachforschungen, um den Grund zu ermitteln, und Volk, Senat und Beamte

---

Rom eine peregrina, kurz: die ursprünglich-nationelle Einheit des Cultus durch die politische Sonderung des Volks aufgehoben, so daß, falls nun die Glieder der Nation sich wieder im Lauf ihrer politischen Entwicklung begegneten, die Gemeinschaft der Götter erst nach einem völkerrechtlichen Vertrag eintreten konnte. Natürlich war dies Verhältniß der Peregrinität ein gegenseitiges. Der Römer galt in Lavinium vor dem letzten Frieden mit den Lateinern in Bezug auf die sacra Lanuvina als Fremder wie der Lanuviner in Rom in Bezug auf die sacra publica des römischen Volks."

170) Liv. XXXVIII, 48: civitas, quae omnibus rebus incipiendis gerendisque deos adhibet. Cicero de nat. deor. II, 2: civitas, quae nunquam profecto sine summa placatione deorum immortalium tanta esse potuisset.

in Gelübden, Beschlüssen und wohlgefälligen Werken, um die Götter wieder geneigt zu machen. Bei jeder wichtigen Unternehmung versichert man sich zuerst durch Auspicien ihrer Zustimmung; Opfer und Gebet eröffnen die Verhandlungen, und je nach Art derselben sind im Fas die Tage bestimmt, an denen sie Statt finden können. Die unbedeutendsten religiösen Fragen haben bei der Tagesordnung stets den Vorrang vor den wichtigsten weltlichen.[171]) Auch zu weltlichem Thun versammelt man sich an heiliger Stätte; so dient den Curien und dem Senat ein Tempel zum Versammlungsort, und die Beamten pflegen von einem Tempel aus die Concionen zu halten.[172])

Aber das Fas enthält nicht bloß Vorschriften über die äußere Form der Geschäfte, sondern eine Menge materiell staatsrechtlicher Grundsätze.[173]) Wir haben bereits erwähnt, daß die älteste Verfassung religiös geweiht war, aber auch zur Zeit der Republik dauern die Beziehungen zwischen Religion und Staatsrecht fort. So z. B. war es gegen das Fas, daß der Dictator länger als 6 Monat im Amt blieb, so waren die leges sacratae mit Inbegriff der durch sie der Plebs zugestandenen Tribunen durch den Eid des ganzen Volks unter den Schutz der Religion gestellt, und Jeder, der sie verletzte, für sacer erklärt. Hier leistete die Religion auch den Plebejern einmal den Dienst ihre politischen Rechte zu schützen, während sie sonst umgekehrt gerade ihnen dadurch hinderlich war, daß sie die Vorrechte der Patricier unter ihren Schutz genommen hatte. Dadurch daß die älteste Verfassung durch und durch mit religiösen Elementen verwachsen war, ward sie ein mächtiges Bollwerk. Den Patriciern, die

---

171) Gell. XIV c. 1 de rebusque divinis prius quam humanis ad senatum referendum esse.

172) Rubino a. a. O. S. 241.

173) Darum pflegte, wer einen Gesetzvorschlag zu machen hatte, die offenbar aus ältester Zeit stammende Clausel hinzuzufügen: si quid fas non sit rogari, ejus rei hac lege nihil rogatur; s. über diese Clausel III, 223 fl.

dasselbe gegen die andringenden Plebejer zu vertheidigen suchten, standen die Götter zur Seite, und religiöse Ideen unterstützten und adelten den politischen Widerstand.

Jedes Staatsamt erforderte das eidliche Gelöbniß gewissenhafter Dienstführung und zwar innerhalb der ersten fünf Tage vom Moment seiner Uebernahme an.[174]) Aber nicht bloß das eigentliche Amt — jede Pflicht, die Jemand in öffentlichen Angelegenheiten übernimmt, ist von dem Eide begleitet,[175]) und jede Versicherung, die Jemand vor der Behörde abzulegen hat, muß eidlich bekräftigt werden.[176]) Der Eid kehrt auch wieder im Völkerrecht. Der völkerrechtliche Vertrag wird stets beschworen, mag derselbe einseitig und unter Vorbehalt der Genehmigung des Volks vom Feldherrn abgeschlossen werden (die sponsio) oder im Namen

---

174) Fünf Tage also durfte der Magistrat provisorisch functioniren. Liv. XXXI, 50 magistratum autem plus quinque dies, nisi qui jurasset in leges, non licebat gerere. Darauf beruhte das praktische Motiv und der staatsrechtliche Charakter der Würde des interrex; es war ein Provisorium oder Interimisticum, folglich ohne den (für diesen Fall nicht berechneten) Amtseid und mithin nur für 5 Tage zulässig; daher der Wechsel in der Bekleidung des Amts von je 5 zu 5 Tagen. Es ergibt sich daraus zugleich, daß der König den Amtseid auf die Verfassung zu leisten hatte, was freilich zu der Vorstellung, daß seine Würde der väterlichen Gewalt nachgebildet sei (S. 259), wenig paßt. Auf die Analogie der fünftägigen Frist beim jurare in leges und der Amtsdauer des einzelnen Interrex ist bereits Lange Röm. Alterth. I S. 608 (Aufl. 2) aufmerksam geworden, ohne freilich den obigen Schluß zu ziehen.

175) So schwört der Soldat bei der Aushebung den Diensteid (sacramentum), dann den Lagereid, und die Soldaten untereinander, ursprünglich freiwillig, später nach Vorschrift den Eid nicht die Flucht zu ergreifen, ihre Reihen nur aus gewissen Gründen verlassen zu wollen u. s. w. Gell. XVI, 1. Liv. II, 45. Daß die Richter zu schwören hatten, wird nicht erst der Bemerkung bedürfen.

176) So die Angaben beim Census, Liv. 43, 14; ferner über die Wirklichkeit der ehelichen Absicht bei kinderloser Ehe das solemne juramentum de uxoribus Gell. IV, 20 (B. III, 250, 259). Selbst öffentliche Personen, welche an der Glaubwürdigkeit ihrer Zusicherungen oder Drohungen keinen Zweifel aufkommen lassen wollten, pflegten einen öffentlichen Eid abzulegen.

und im Auftrage des Volks von den Fetialen (das foedus).[177]) Gerade für das Völkerrecht, das den Gedanken des Rechts zu allen Zeiten am mühsamsten realisirt, war die Unterstützung von Seiten der Religion am unentbehrlichsten. Die beiderseitigen Götter überwachten die beschwornen Verträge, und darum wurden auch die Urkunden derselben im Tempel des capitolinischen Jupiter, diesem religiösen Centralpunkt des gesammten Staates, aufbewahrt.[178]) Erhebung eines Krieges gegen ein Volk, mit dem früher ein solcher Vertrag abgeschlossen, war daher eine religiöse Frage und erforderte zunächst einen religiös-völkerrechtlichen Prozeß gegen das wortbrüchige Volk und sodann den Ausspruch, daß der Krieg ein purum piumque bellum sei. (Liv. I 32.)

Derjenige Theil des Rechts, an dem der Einfluß der Religion bei allen Völkern auf einer gewissen Stufe ihrer Entwicklung in ganz besonders hohem Grade hervortritt, ist das Strafrecht. Auch das römische Recht bestätigt diese Bemerkung. Die beiden Grundbegriffe des Strafrechts, das Verbrechen und die Strafe, erscheinen der ältesten Zeit im Lichte der religiösen Auffassung: das Verbrechen als Vergehn gegen die Gottheit, die Strafe als Sühnemittel. Wenn wir uns bei diesem Punkt etwas verweilen, so wird dies darin seine Rechtfertigung finden, daß es sich hier nicht um vereinzelte Spuren des religiösen Princips handelt, sondern um eine Fundamentalanschauung, einen neuen Ausgangspunkt des gesammten Strafrechts (den andern s. oben S. 212).

Nicht jedes Unrecht oder Vergehen, wenn es auch die vindicta des Einzelnen wie des Volks oder die Strafgewalt des Königs in Thätigkeit versetzte, erschien als ein Frevel gegen die Götter. Der Dieb, der Räuber hatten bloß sich gegen Menschen vergangen,

---

177) Liv. I, 24. Beruhte der Name des pater patratus, der den Eid ableistete, vielleicht auf der Idee, daß er das römische Volk nach außen hin ebenso vertrete, wie der Vater seine Kinder? Die völkerrechtliche noxae deditio wäre dadurch mit der privatrechtlichen von Seiten des Vaters auf denselben Gesichtspunkt zurückgeführt.

178) Hartung Relig. der Römer Bd. 2 S. 11.

und Menschen forderten Strafe von ihnen, die Götter mischten sich nicht hinein. Andere Vergehungen dagegen berührten auch sie, sei es sie und die Menschen gemeinsam oder sie allein. Rücksichtlich der letzteren hatte die Gemeinde nur die Pflicht dafür zu sorgen, daß die Götter wieder versöhnt und zufrieden gestellt würden, damit nicht sie selber ihren Zorn auf sich lüde (ut religione civitas solvatur, Cic. pro Caec. 34). Die Ausführung geschah durch das geistliche Gericht: die pontifices; je nach dem Gewicht des Versehens oder Vergehens durch bloße Sühne (expiatio), welche insbesondere im Fall der Unachtsamkeit eintrat (si imprudens erraverit), oder durch Strafe, die sich wie bei den vestalischen Jungfrauen bis zur Lebensstrafe steigern konnte. Jeder, der sich nicht selber gegen die Götter vergehen wollte, hatte mit dem Schuldigen bis zu seiner geschehenen Entsühnung die religiöse Gemeinschaft abzubrechen; letzterer war unrein, hatte zum Gottesdienst keinen Zutritt. Zur Klasse dieser rein religiösen Vergehen gehörte unter andern der Meineid. Die bürgerliche Rechtsordnung war durch den Meineidigen nicht verletzt, und die Gemeinde hatte keinen Anlaß und kein Recht ihn zu strafen. Aber um so schwerer traf denselben der göttliche Zorn. Der Zustand der Impietät, in den er ihn versetzte, enthielt die dauernde Ausstoßung aus der religiösen Gemeinschaft, er war und blieb „exsecratus," insofern nicht aus besondern Gründen ein Beschluß des gesammten Volks, das damit die Verantwortlichkeit auf sich nahm, es der geistlichen Behörde ermöglichte ihn wieder darin aufzunehmen (resecrare).[179])

Indem wir diese rein religiösen Vergehen und Verstöße, welche für das Recht kein Interesse haben, hier übergehen, wenden wir uns den eigentlichen Verbrechen zu. Soweit wir erkennen können, lag ihnen sämmtlich die Idee zu Grunde, daß mit der menschlichen Ordnung zugleich die göttliche angetastet worden sei, und die an

---

179) Das Weitere dieser von Danz, Der sakrale Schutz (Kapitel I) entwickelten Ansicht s. daselbst.

dem Verbrecher zu vollziehende Strafe beides an ihm zu rächen habe. Die erzürnten Götter müssen versöhnt werden, sonst übertragen sie ihren Groll auf das ganze Gemeinwesen, denn die Gemeinde haftet wie fremden Völkern, so auch den Göttern für Vergehungen ihrer Mitglieder; sagt sie sich nicht los von ihnen (völkerrechtlich durch deditio [S. 215], religiös durch aquae et ignis interdictio, s. u.), so macht sie das Unrecht zu dem ihrigen.[180]) Indem sie den Verbrecher, der sich durch seine That verunreinigt hat, straft, reinigt sie ihn und sich selber.[181]) Dies die Auffassung der ältesten Zeit über Verbrechen und Strafe, wie sie noch aus manchen Spuren deutlich hervorschimmert. Poena, worin man wie im griechischen ποινή zunächst das Sühnegeld erblicken will,[181a]) weist etymologisch auf die Idee der Reinheit hin,[181b]) ebenso castigatio (castum agere): der incastus, incestus, der Schmutzige, wird dadurch gereinigt, und luere, büßen, namentlich auch in Verbindung poenas luere, ist lavere, lavare, waschen.[182]) Supplicium, die Todesstrafe, führt etymologisch auf Besänftigung der Götter zurück (sub-placare, supplex).

---

180) Darum pflegten Schwörende, wenn sie für den Fall der Eidbrüchigkeit die Strafe des Himmels auf sich herabbeschworen, einen Vorbehalt zu Gunsten des Gemeinwesens hinzuzufügen. Festus sub voce lapidem ... „si sciens fallo, tum me Diespiter salva urbe arceque bonis ejiciat" etc.

181) Die Idee der Verunreinigung und Reinigung, die bekanntlich in den orientalischen Religionen eine so große Rolle spielt, übte auch in Rom einen bedeutenden Einfluß aus, ich erinnere an die censualis lustratio des Volks, die Reinigung der Kinder (Fest. sub lustrici), der Familie des Verstorbenen (Fest. sub denicales).

181a) Rubino a. a. O. S. 460: wer sie erleidet, gibt sie (dat, solvit, pendit), wer sie zufügen will, fordert sie ein (petit, expetit, exigit), wer sie vollzieht, nimmt sie an (sumit, capit, habet poenas). Rein Criminalrecht der Römer S. 284 will poena nur von der Privatgenugthuung verstehen.

181b) Pott Etymol. Unters. I S. 252. Damit hängen zusammen: pu-rus, πῦρ, pu-tus, pu-teus, pu-nire.

182) In diesem ursprünglichen Sinn hat sich luere noch in lustrum, lustratio, lustricus u. s. w. erhalten.

Dieselbe religiöse Beziehung tritt auch in den Strafen selber hervor. Man hat, was die Todesstrafe im allgemeinen anbetrifft, auf die beim supplicium üblichen supplicationes verwiesen (der Nachlaß der Hingerichteten, so wird uns berichtet,[183]) sei verwandt um die Götter zu besänftigen), hinsichtlich der Vollziehung der Todesstrafe durch Erhenkung auf den den unterirdischen Göttern gewidmeten arbor infelix, hinsichtlich der Enthauptung auf die Verhüllung des Hauptes, die Analogie des Opferbeiles[184]) und hat auch die Menschenopfer der Urzeit[185]) damit in Verbindung gebracht. Lehrreich für diese Frage ist auch der bekannte Fall des Horatius. Ut caedes manifesta, sagt Livius, aliquo tamen piaculo lueretur, imperatum patri, ut filium expiaret pecunia publica. Hätte den Mörder also die eigentlich verdiente Todesstrafe getroffen, so würde es dieser Entsühnung nicht bedurft haben. Die religiöse Beziehung der Vermögensstrafen oder richtiger der Einziehung des ganzen Vermögens — denn eine religiöse Geldstrafe kommt meines Wissens nicht vor — erhellt aus dem Namen consecratio bonorum. Das weltliche Gegenstück derselben ist publicatio bonorum. In demselben Maße als die religiöse Auffassung des Kriminalrechts einer profanen Platz machte, verlor die Consecration an Terrain, und der Staat übte, wo kein religiöses Bedenken entgegen stand, die Vermögensentziehung im eignen Interesse aus,[186]) wie er ja gleichfalls in späterer Zeit sich auch das sacramentum aus Civilprozessen aneignete. Auch die Sacertät und die aquae et ignis interdictio, möge man sie nun mit der herrschenden Meinung als eigentliche Strafen auffassen oder die Ansicht, die ich im Folgenden über sie entwickeln werde, theilen,

---

183) Isidor. Orig. VI 29: supplicia dicuntur supplicationes, quae fiebant de bonis passorum supplicia. Serv. ad Aen. I. 632.

184) Statt Anderer nenne ich E. Platner de jure criminum Rom. p. 36 sq.

185) Niebuhr Röm. Gesch. B. 1 S. 557. Rein Röm. Kriminalrecht S. 34.

186) z. B. bei den Decemvirn, Liv. III, 58: bona publicata sunt.

bestätigen wie wenige andere Spuren die oben ausgesprochene Ansicht über die ursprüngliche Auffassung des Verbrechens.

Die Sacertät, der Zustand des homo sacer, war die religiöse und weltliche Acht. Der Rache der Gottheit, die er durch seine Unthat verletzt hatte,[186a]) verfallen (sacer) und darum von jeglicher menschlichen Gemeinschaft ausgeschlossen, seines Vermögens zu ihren Gunsten beraubt durfte der Schuldige von Jedem, der Lust hatte, erschlagen werden. War die Sacertät eine Strafe? Meiner Ansicht nach nicht. Zwar wenn man unter Strafe bloß das an die Begehung eines Verbrechens sich knüpfende Uebel versteht, so war die Sacertät gewiß die schwerste Strafe, die sich überhaupt denken läßt, denn es gab kein Uebel das sie nicht in sich schloß; sie war in der That die tiefste Tiefe der criminalistischen Verfolgung und Erniedrigung des Menschen. Auch der Feind war rechtlos, aber was beim homo sacer noch hinzukam, war das psychologische Moment: die Gewißheit vor Göttern und Menschen ein Gräuel, ein Gegenstand der allgemeinen Verwünschungen und des Abscheus zu sein, wie ein Verpesteter aus der Gemeinschaft der Menschen hinausgestoßen zu werden zu den Thieren des Feldes, geflohen und gemieden von Jedermann, der nicht etwa es für ein gutes Werk hielt ihn aus der Welt zu schaffen, kurz das Gefühl des auf ihm lastenden Fluchs und das Brandmal des Geächteten, das seine Lage erst zu dem machte, was sie war. Die Strafe war ihrer oben nachgewiesenen ursprünglichen Idee zufolge kein bloßes Uebel, sondern sie hatte die Bestimmung den Verbrecher zu reinigen, ihn mit Göttern und Menschen wiederum zu versöhnen. Aber die Sacertät, und wenn sie auch ein ganzes langes Leben hindurch dauerte, kam nie zu einem solchen versöhnenden Abschluß, der Mann starb wie er gelebt hatte: als homo sacer, unversöhnt mit Gott und Menschen; das Schwert der Gerechtigkeit wäre mit seinem Blut besudelt,

---

186a) Nicht den Göttern schlechthin, wenigstens werden regelmäßig bestimmte Gottheiten genannt.

er stand außerhalb des Rechts in dem Maße, daß nicht einmal die Strafgewalt sich weiter mit ihm abgab. Die Sacertät läßt sich daher meines Erachtens nicht anders definiren als der Zustand des ruchlosen, jeder Aussicht auf Wiederaufnahme in die menschliche und religiöse Gemeinschaft beraubten Missethäters.

Ich habe in der ersten Auflage dieses Werks angenommen, daß die Sacertät die Folge eines jeden Verbrechens gewesen, das als eine Verletzung der Götter angesehen worden sei. Aus dem bisherigen ergibt sich, daß ich diese Ansicht zurücknehme; jedes Verbrechen verletzte die Götter, ohne daß darum schon der Verbrecher als sacer gegolten hätte. Die Sacertät ist uns nur bei gewissen Verbrechen bezeugt: bei der thätlichen Mißhandlung der Eltern durch die Kinder, dem Verrath des Patrons an seinem Clienten, dem Auspflügen der Gränzsteine.[186 b]) Wenn spätere Berichterstatter diese Fälle auf Gesetze der Könige zurückführen,[187]) so weiß man, was dies sagen will, es ist eine Form zur Bezeichnung uralten Gewohnheitsrechts. Die Republik fügte in den leges sacratae noch einige Fälle hinzu; hier ward die Sacertät rein als Mittel zu politischen Zwecken gebraucht, nämlich um durch ihre Androhung die den Plebejern eingeräumten Concessionen gegen Verletzung sicher zu stellen.[187 a])

Diese jüngste Gestalt des Verhältnisses, in der die Sacertät sich als eine von der Gesetzgebung angedrohte Strafe darstellt, darf uns über die ursprüngliche Natur derselben nicht täuschen. Die Sacertät mochte, nachdem sie einmal da war, von der Gesetzgebung benutzt werden, aber sie ist eben so wenig wie die In-

---

186b) Auch der sagenhafte Fall der Ueberspringung der Stadtmauer von Seiten des Remus und der daran sich reihenden Erschlagung des Remus durch seinen Bruder läßt sich unter diesen Gesichtspunkt bringen; s. S. 286.

187) Das Quellenmaterial bei Dion. II, 10, 74. Serv. ad Aen. VI, 609. Fest. sub termino, plorare.

187a) Festus: Sacratae leges sunt, quibus sanctum est: qui quid adversus eas fecerit, sacer alicui deorum sit cum familia pecuniaque.

famie, bei der ein Gleiches Statt fand, von ihr eingeführt. Solche Institute, wie die Sacertät und die Infamie, denkt sich kein Gesetzgeber aus, oder wenn er es versucht wie bei der Strafe der Entziehung der Nationalcocarde, macht er glänzendes Fiasco. Solche Institute gehen nur aus dem Volke selbst hervor, denn sie enthalten den unmittelbaren Ausdruck des Sittlichkeitsgefühls des Volks, ein Verdammungsurtheil, gesprochen und vollzogen vom Volke selber. Die Staatsgewalt hat es in ihrer Hand die härtesten Strafen festzusetzen, aber was sie nicht vermag, ist dem Volk vorschreiben, wie es über den sittlichen Charakter einer Handlung denken soll.

Der ganze Zuschnitt der Sacertät weist darauf hin, daß sie nicht auf dem Boden eines geordneten Rechtszustandes gewachsen ist, sondern in die Periode des vorstaatlichen Lebens hinaufreicht. Sie ist ein Stück aus der Urzeit der indogermanischen Völker. Ich will dahin gestellt sein lassen, ob das griechische ἐναγὴς[187 b]) hierher zu beziehen sei, aber das altgermanische und altnordische Alterthum bietet uns in dem Friedlosen und Waldgänger (dem wargus, vargr, dem Wolf, auch mit religiöser Betonung: Wolf im Heiligthum vargr i veum)[188]) den unzweifelhaften Bruder des römischen homo sacer. Gerade diese, meines Wissens bisher nicht benutzte historische Parallele ist für die richtige Auffassung der römischen Sacertät von unschätzbarem Werth. Es ist, soviel ich weiß, die allgemein herrschende Ansicht,[188 a]) daß die

---

187b) Schneider Griech.-deutsch. Lexicon: „ein durch Verbrechen verunreinigter, verwünschter, abscheulicher Mensch; ἐναγὴς ἔστω τοῦ Ἀπόλλωνος Aesch. or. Für sacer, jure jurando obstrictus."

188) Wilda Strafrecht der Germanen B. 1 S. 278, 280.

188a) Die frühere Literatur bei Rein Röm. Kriminalrecht S. 32. Von Spätern nenne ich Marquardt in Beckers Handbuch der Röm. Alterth. IV S. 229 und Mommsen Röm. Gesch. Aufl. 4 B. 1 S. 178: „Nicht als wäre der also Verwünschte (sacer) vogelfrei gewesen; eine solche aller bürgerlichen Ordnung zuwiderlaufende Acht ist nur ausnahmsweise als Schärfung des religiösen Bannfluchs in Rom während des ständischen Haders vorgekommen."

Sacertät keine unmittelbare Folge des Verbrechens gewesen, sondern daß es erst einer Verurtheilung oder wenigstens der Constatirung des Factums bedurft habe. Da der Widerspruch, den ich dieser Ansicht in der ersten Auflage entgegengesetzt habe, unbeachtet vorübergegangen ist, so sehe ich mich in Anbetracht, daß es sich hier um einen Cardinalpunkt handelt, genöthigt denselben eingehender, als es damals geschehen ist, zu begründen, und zu dem Zweck leistet mir eben jene Parallele einen wichtigen Dienst.

Dieselbe beweist nämlich, daß das, was man für das römische Alterthum als eine Unmöglichkeit betrachtet: die Erschlagung des Geächteten ohne Urtheil und Recht, für das germanische Alterthum eine zweifellose Wirklichkeit gewesen ist. Nach dem Recht der Graugans durfte in Island der auf frischer That ertappte und dadurch der Friedlosigkeit verfallene Verbrecher ohne weiteres erschlagen werden, ebenso nach altnorwegischem Recht, wer Jemanden beim Ding getödtet hatte,[188b]) und selbst nach der That verstattete die Graugans dem Verletzten sowohl wie seinen Genossen und unter Umständen Allen, die von der That genaue Kunde hatten, diese Tödtung.[188c]) Aber welche Sicherheit bestand, daß nicht ein Unschuldiger auf den Vorwand der Friedlosigkeit hin erschlagen werden konnte? Der Thäter mußte hinterher darthun, „daß er einen Mann erschlagen, der den Frieden verwirkt hatte, welches nun noch öffentlich anerkannt und der Todte sodann aus dem Frieden gekündigt wurde".[188d])

War was Jahrhunderte lang im altgermanischen Recht bestand, im alten Rom minder möglich?[189]) Durfte der nächtliche

---

188b) Wilda a. a. O. S. 283 und S. 285.

188c) Wilda S. 307, 308. Auch das sächsische Landrecht verstattete gegen einen auf der That ergriffenen Missethäter das sog. Lynchgesetz, d. h. die Landleute durften sich als Gericht constituiren, das Urtheil fällen und es sofort executiren. Wilda S. 133, 294.

188d) Wilda S. 308.

189) Um es selbst an einem Beispiel aus dem 19. Jahrhundert nicht fehlen zu lassen, so verweise ich auf das Gesetzbuch Daniel I von Montenegro, Wien 1855, das in §. 13 jeden Montenegriner ohne Unterschied ermächtigt:

Dieb sofort auf der That erschlagen werden, warum nicht der Sohn, der gegen den Vater seine Hand erhoben? Wozu noch erst ein Constatirungsverfahren — eine Erfindung, mit welcher Marquardt den römischen Kriminalprozeß beschenkt hat —, wenn die That vor aller Augen geschehen, der Tribun z. B. öffentlich mißhandelt worden war? Für eine solche Annahme bietet das ältere Recht auch nicht den dürftigsten Anhaltspunkt; wo die Thatsache klar und unzweifelhaft vorliegt, verlangt dasselbe keine weitere Procedur mehr (S. 123). Wo es sich um die bloße Constatirung zweifelhafter Thatsachen handelt, wählt das ältere Recht bekanntlich die Form der sponsio praejudicialis vor dem Einzelrichter — von einer andern Form wissen wir Nichts. Man denke sich nun diese Form in ihrer Anwendung auf den zuletzt genannten Fall, und füge noch die zweite Maßregel, die der genannte Schriftsteller für nöthig erachtet, nämlich die Consecration des Schuldigen durch den Pontifex Maximus hinzu,[189a]) um sich selber die Frage zu beantworten, ob auch der harmloseste und gläubigste Plebejer auf eine so verclausulirte, von einem patricischen Richter und patricischen Pontifex gehandhabte Unverletzlichkeit seines Tribunen den geringsten Werth gelegt haben würde. Den Glauben an die Unpartheilichkeit ihrer Justiz hatten die Patricier den Plebejern gründlich verleidet! Wer hätte den Pontifex Maximus zwingen sollen, wenn er die Consecration des Schuldigen von einem Monat zum andern hinausschob? Und welche Hülfe hätte es gegen den Ausspruch des Richters gegeben, der mit bekannter patricischer Dreistigkeit die offenbare Thatsache für nicht bewiesen erklärte,

---

„einen solchen Vaterlandsverräther und Missethäter zu tödten, sobald er vernimmt, daß derselbe ein Verräther sei, und daß ihn unsere Landesbehörde verfolge."

189a) a. a. O. S. 229: „Dem Pontifex maximus, der die Tribunen in seinen Schutz nahm (indem er sie nämlich als eine unter den Schutz der Götter gestellte potestas in comitiis renunciirte) mußte auch die Aufrechterhaltung dieses Schutzes zukommen." Die Plebejer werden für das Zwingende dieses Schlusses schwerlich viel Verständniß gehabt haben.

oder, wenn es eine Volksversammlung zum Zweck der Constatirung solcher Facta gegeben haben soll, wer hätte den Magistrat zwingen sollen sie zu berufen? Kurz, diese ganze Ansicht leidet in Bezug auf die leges sacratae an so handgreiflicher innerer Unmöglichkeit, daß die Plebejer hätten Kinder sein müssen, um sich mit einer solchen Unverletzlichkeit ihrer Tribunen abspeisen zu lassen. Gerade darauf, daß es keiner Weitläuftigkeit und keiner Mitwirkung der Patricier bedurfte, um Einen aus ihrer Mitte, der sich gegen die Grundrechte der Plebs vergangen, niederzuschlagen, beruhte der Werth der leges sacratae.[189b])

Fassen wir jetzt die positiven Zeugnisse für die eine und andere Ansicht ins Auge, so bezeugt Dio Cassius (53,17) ausdrücklich, daß man den homo sacer ohne Urtheil und Recht (ἄκριτον) habe umbringen dürfen, während Dionysius (II 10) sich die Sache anders zu denken scheint.[190]) Den sichersten Anhaltspunkt besitzen wir in der gesetzlichen Androhungsformel der Sacertät. In allen angeblichen oder wirklichen Gesetzen, welche die spätern Referenten uns mittheilen, lautet dieselbe auf unmittelbaren Eintritt der Sacertät in Folge des Verbrechens: si fecerit, sacer

---

189b) Dies ist von Mommsen (Note 188a), wie nicht anders zu erwarten, auch richtig erkannt.

190) Das ἐξελεγχθείη kann die bloße Notorietät bedeuten, dagegen scheint das ἁλόντα auf ein rechtliches Verfahren hinzudeuten. Wie Marquardt die Stelle von Festus sub sacer mons, auf die er sich beruft: at homo sacer est is, quem populus judicavit ob maleficium, mit seiner Ansicht, welche eine eigentliche Urtheilsfällung von Seiten des Volks ausdrücklich ausschließt, vereinigen will, ist mir unklar. Diejenigen, welche das judicare hier im eigentlichen Sinn nehmen wollen, wie z. B. Danz, Der sakrale Schutz S. 51, scheinen nicht zu bedenken, daß sie damit schlechthin, also auch schon für die Königszeit, dem Volk die Strafgerichtsbarkeit beilegen. Mit meiner Ansicht, der zufolge die Sacertät in der That eine Art Lynchjustiz war, verträgt sich der Ausdruck populus judicavit sehr wohl. So erklärt es sich, daß Festus populus statt comitia und judicare statt condemnare gebraucht.

esto, oder leges eum, qui fecerit, sacrum esse jubent.[190a]) Der Jurist weiß, was dies sagen will, aber für den Philologen, der das Gewicht dieses auf die übereinstimmende Sprachweise der sämmtlichen römischen Gesetze und Juristen gebauten Arguments unterschätzen könnte, wird es nicht überflüssig sein dasselbe durch ein schlagendes Beispiel ins richtige Licht zu setzen. Ich entnehme dasselbe der mit der Sacertät in gewissem Sinn so nahe verwandten Infamie. Das prätorische Edict knüpfte den Eintritt derselben theils an die bloße Begehung einer Handlung, theils an die gerichtliche Verurtheilung auf Grund derselben. Dort hieß es: qui fecerit, hier qui condemnatus, judicatus fuerit, infamia notatur, dort also trat sie ohne, hier erst in Folge des Richterspruchs ein. Ob die That wirklich vorgenommen, konnte in jenem Fall ebenso zweifelhaft sein wie bei der Sacertät und es war möglich, daß die Frage Gegenstand richterlicher Untersuchung ward. Aber wenn der Richter die Frage bejahte, trat die Infamie so wenig wie die Sacertät erst mit dem Richterspruch ein, sondern letzterer erkannte nur an, was längst vorhanden gewesen war (daher „qui eo plebiscito sacer sit" Note 190[a]): m. a. W. er hatte keine constitutive, sondern bloß declarative Wirkung.

In einigen der leges sacratae war noch die Clausel hinzugefügt: si quis eum, qui eo plebiscito sacer sit, occiderit, parricida ne sit,[190b]) oder qui creasset, eum jus fasque esset occidi neve ea caedes capitalis noxae haberetur,[190c]) eine unbegreifliche Clausel, wenn man annimmt, es habe das Volk noch erst in jedem einzelnen Fall den Schuldigen für vogelfrei erklärt, denn daß Jemand, der in Folge der darin liegenden Ermächtigung

---

190[a]) So in den angeblichen königlichen Gesetzen: 1. Serv. ad Virg. Aen. VI, 609 (patronus); 2. u. 3. Fest. plorare (nurus; puer); 4. Fest. aliuta; 5. Fest. termino. Ebenso in den leges sacratae der Republik, Fest. sacratae leges und sacer mons (qui eo plebiscito sacer sit). Liv. II, 33, III, 55 f. auch X, 38.

190[b]) Fest. Lege prima tribunitia cavetur: si quis u. s. w.

190[c]) Lex Val. Hor. Liv. III, 55.

den Missethäter zu erschlagen, nicht wegen Mordes processirt werden konnte, verstand sich doch wohl von selbst. Sinn hatte diese Formel nur unter der Voraussetzung, daß es Jedem frei stand ohne Urtheil und Recht den Uebelthäter aus dem Wege zu räumen.

Aber wird man mir einwenden, welche furchtbare Gefahr ward damit über das Haupt eines Jeden heraufbeschworen, der in Verdacht kam eine mit der Sacertät belegte Handlung verübt zu haben. Ich habe darauf schon oben (S. 282) in Bezug auf den Friedlosen des germanischen Rechts geantwortet. Um den Preis seines eignen Kopfes kann man auch heutzutage einen Andern umbringen, und diesen Preis setzte auch in Rom wie im germanischen Alterthum Jeder ein, der einen vermeintlichen homo sacer oder Friedlosen tödtete. Vermochte er in der gegen ihn darauf hin anhängig gemachten Anklage wegen Mordes den Beweis der Schuld des Erschlagenen nicht zu erbringen, so haftete er mit seinem Kopfe; erbrachte er ihn, so ging er frei aus. Nach der von mir bekämpften Ansicht hätte er auch in letzterem Fall verurtheilt und hingerichtet werden müssen, denn er hatte einen Menschen getödtet, der noch nicht homo sacer war. Dies Loos hätte z. B. auch den treffen müssen, der einen Vater gegen die Mißhandlungen seines Sohnes geschützt und letzteren dabei erschlagen hatte — eine Justiz, die ein alter Römer sicherlich mit Protest zurückgewiesen haben würde.

Zu den bisherigen historischen Zeugnissen für die von mir vertretene Ansicht gesellt die römische Mythe in dem Brudermord des Romulus noch ein neues hinzu. Remus sprang im Hohn über die von seinem Bruder gezogene Mauer, und Romulus erschlug ihn auf der That. Warum? Gleich den Gränzen der Felder standen auch die der Stadt unter göttlichem Schutz;[191] wer sie verletzte, ward homo sacer, und indem die Sage[191a] den

---

191) Das Nähere bei Schwegler Röm. Gesch. I S. 389. Note 15.

191a) Schwegler a. a. O. S. 438 rechnet nämlich mit Recht auch sie zu den aitiologischen Mythen. „Sie war, wie die Sage vom Raube der

ersten homo sacer in Rom durch Bruderhand umkommen ließ, war ihre Meinung nicht die einen Flecken zu werfen auf den Helden, der Rom gegründet hatte, sondern ihn umgekehrt dadurch zu verherrlichen, daß er selbst des eignen Bruders nicht geschont hatte, wo es galt, die göttliche Ordnung aufrecht zu erhalten. Romulus, der den Bruder tödtet, ist das Seitenstück zu Brutus, der seine Kinder hinrichten läßt: das Recht geht in Rom vor Bruder- und Vaterliebe. Nach der entgegengesetzten Ansicht wäre Romulus ein Mörder gewesen, er hätte seinen Bruder bevor er ihn erschlug erst zum homo sacer erklären lassen müssen!

Eine ganz ähnliche Bewandniß wie mit der Sacertät hatte es auch mit der Verbannung. Auch sie war, obschon ein schweres Uebel, doch keine Strafe,[191b]) sondern ein Mittel sich der Strafe zu entziehen, das die Römer dem Angeklagten bekanntlich bis zu seiner Verurtheilung offen ließen. Um die Gemeinde den Göttern gegenüber von jeder Verantwortlichkeit zu befreien, bedurfte es eines Beschlusses von ihrer Seite, wodurch sie sich von jeder Gemeinschaft mit dem Verbrecher lossagte. Dies war die aquae et ignis interdictio. Dieselbe war keine bloß politische Verbannung, sondern sie hatte eine religiöse Beziehung, es bethätigte sich in ihr die Sorge für die Erhaltung der Reinheit der Gemeinschaft durch Säuberung derselben von unreinen Elementen. Denn Feuer[192])

Sabinerinnen, eine mythische Begründung eines Bestehenden, nämlich des uralten Rechtsgrundsatzes, daß auf Verletzung der geweihten Stadtmauern der Tod stehe. Diese Satzung, die Heiligkeit der Stadtmauern und die Strafbarkeit ihrer Verletzung konnte nicht schärfer ausgesprochen und nachdrücklicher betont werden, als wenn erzählt wurde, der Gründer der Stadt habe ob solcher Verletzung seinen eignen Bruder erschlagen, zum Wahrzeichen für alle Folgezeit."

191b) (212) Cic. pro Caec. c. 34. Exilium enim non supplicium est, sed perfugium portusque supplicii. Nam qui volunt poenam subterfugere aut aliquam calamitatem, eo solum vertunt etc.

192) (201) So erklärt sich das Zusammentreffen von πῦρ und Feuer mit purus, rein, exfir, Reinigungsmittel (Festus h. v.), februare reinigen.

und Wasser sind die Symbole der Reinheit, und bei keinem Akt, der eine Gemeinschaft mit religiösen Beziehungen begründen soll, z. B. dem Opfer, das Gott und Menschen einigt, der Eingehung der Ehe, eines Bündnisses u. s. w. dürfen sie fehlen.[192a]) Nicht also als zum Leben unentbehrliche Elemente, wie man gewöhnlich sagt, werden sie dem flüchtigen Verbrecher daheim verweigert, sondern mit ihnen als den Symbolen einer reinen Gemeinschaft, die der Verbrecher durch fernern Gebrauch verunreinigen würde, wird ihm die Theilnahme an der Gemeinschaft entzogen.

Indem wir nunmehr die Religion mit ihrer Einwirkung auf das Strafrecht verlassen, gedenken wir schließlich noch des mildernden Einflusses, mit dem sie bei mancherlei Anlässen der Strenge der Strafe entgegentrat. Die römischen Götter, mit der einen Hand die Beleidigungen rächend, die ihnen widerfahren, streckten schützend die andere über die Verfolgten und Schutzlosen aus. Es gab heilige Orte und Zeiten, an denen Verfolgung und Strafe ruhte. Vor dem Zorn des Hausherrn flohen die Untergebenen zum Hausaltar, vor der Rache des Verletzten der Schuldige zum Tempel oder zum Asyl. An die Idee des Asyls knüpft Roms Entstehung an, und wenn hier gleich das Asyl als Mittel zu politischen Zwecken erscheint, so ist es doch die Religion, die dasselbe unantastbar macht.[193]) An den Lectisternien, wo Haß und Zank ruhte, nahm man den Gefangenen die Fesseln ab und hielt es für eine Gewissenssache sie nachher wieder anzulegen.[193a]) An den Saturnalien, dem Feste des Gottes, der Segen und

---

192a) (202) S. Hartung Religion der Römer Thl. 1 S. 198 flg. Pellegrino Andeutung über den ursprünglichen Religionsunterschied der Patricier und Plebejer S. 27 flg. Serv. ad Virg. Aen. IV, 103: aqua et igne adhibitis u. XII, 110: Sane ad facienda foedera aqua et ignis adhibentur. Festus sub voc. facem u. aqua.

193) (213) Hartung Relig. der Römer B. 2 S. 57.

193a) (214) Liv. V, 13 .... jurgiis ac litibus temperatum; vinctis quoque demta in eos dies vincula; religioni deinde fuisse, quibus eam opem Dii tulissent, vinciri.

Wohlleben spendete, ließ man auch Sklaven und Verbrecher an der allgemeinen Freude Theil nehmen. Jene kosteten vorübergehend das Glück der Freiheit, diese entließ man dauernd ihren Ketten, die sie dem Gotte zu bringen pflegten, der sie davon befreit hatte.[193b]) Wenn der Priester des Jupiter (flamen dialis) ein Haus betrat, in dem sich ein Gefesselter befand, so gebot das Fas ihm seine Banden abzunehmen und über das Dach aus dem Hause zu schaffen. Wenn Jemand, der zur Geißelung abgeführt ward, ihm begegnete und ihm zu Füßen fiel, so mußte die Execution aufgeschoben werden.[194]) So durchbrach die Religion gewiß noch in manchen Fällen die strenge Ordnung des Rechts und des bürgerlichen Lebens, und auch in die kalte römische Rechtswelt fällt zurückgestrahlt von den Göttern der warme Sonnenblick eines menschlichen Gefühls.

Das Privatrecht und der Civilprozeß, dem wir uns schließlich zuwenden, war seiner Natur nach den Einwirkungen der Religion ungleich weniger zugänglich als das öffentliche und das Strafrecht. Denn abgesehen von der Familie tragen die Verhältnisse des Privatrechts einen durchaus prosaischen und profanen Charakter an sich. Die Fragen von Mein und Dein, von Eigenthum und Schuldforderungen haben mit den Göttern an sich Nichts zu schaffen, und nur mittelbar soweit auf dem Vermögen die Last der sacra ruhte, übte das religiöse Interesse auf das Vermögensrecht eine Rückwirkung aus.[194a]) Durch den Eid konnten allerdings auch diese Verhältnisse eine religiöse Beziehung erhalten und dadurch an das geistliche Gericht gebracht werden (§. 18[a]).

193b) (215) Hartung a. a. O. II. S. 125. 126.

194) (216) Gell. X, 15.

194a) Des Verhältnisses des Patrons zum Clienten und des Gränzfriedens ist schon bei Gelegenheit des homo sacer gedacht. Außerdem wäre etwa noch die legis act. per pignoris capionem für Forderungen von religiöser Beziehung (Gaj. IV, 28) zu nennen.

So verbleibt uns also im Wesentlichen nur die Familie und das Haus. Das religiöse Leben im Innern des Hauses zu schildern, wie es sich in der Sitte und den Vorschriften der Religion gemäß gestaltete, gehört nicht zu unserer Aufgabe. Wir verzichten darauf zu zeigen, wie der Gedanke an die Götter das ganze Leben der Familie in älterer Zeit durchdrang, wie das Haus sich zu einem Sitz der Hausgötter, der Heerd sich zu einem Altar gestaltete, wie Gebet, Danksagung, Opfer, Gelübde, Reinigung, Auspicien bei allen wichtigen Vorfällen des häuslichen und wirthschaftlichen Lebens, bei Geburt und Tod, Krankheit und Genesung, Aernte und Aussaat den Hausvater und die Seinigen in unausgesetzter Verbindung mit den Göttern erhielt. Das fällt der römischen Sitte, nicht dem Recht anheim.

Dem Recht dagegen gehört an, also rechtlicher Art ist der Hausfriede, die durch das Fas gesicherte Unverletzlichkeit des römischen Hauses (II § 32 a. A.) und die Begründung und Auflösung des Hausstandes. Wenn in ältester Zeit der Mann die Frau heimführte, so war die Beobachtung der dabei üblichen Gebräuche nicht bloß wie später Sache der Sitte, sondern Sache des Rechts. Es ist dies die älteste sacrale Form der Eingehung der Ehe: die confarreatio. Der Pontifex maximus und der Flamen dialis müssen zugegen sein, und der Bund muß durch ein feierliches Opfer besiegelt werden. Die Aufgabe des selbständigen Hauswesens durch Eintritt in eine fremde Familie (arrogatio) erforderte die Mitwirkung des Pontificalcollegiums, dagegen war die bloße Adoption eines fremden Kindes, soviel wir wissen, ein rein weltlicher Akt; der Hausgottesdienst (die sacra), der auf den Schultern des Hausvaters, nicht des Hauskindes ruhte, ward dadurch nicht beeinträchtigt. Auch der Tod des Hausvaters und die dadurch hervorgerufene Störung der bisherigen religiösen Gemeinschaft gab derselben Behörde wiederum Anlaß das Erforderliche vorzukehren. Die Doctrin des jus pontificium hatte, was dabei zu geschehen, und wie die sacra zu reguliren seien, in feste Satzungen gebracht, und aus diesem Grunde wurde das Colleg auch bei der

Errichtung des Testaments (in comitiis calatis) zugezogen, um das religiöse Interesse gleich von vornherein zu wahren. Auch die Beerdigung, zunächst Gegenstand der religiösen Sitte, konnte zu Rechtsfragen führen (actio funeraria, §. 18[a]).

Eine einflußreiche Rückwirkung auf die Verhältnisse des Privatrechts und zugleich auf den Civilprozeß übte die durch das Fas geheiligte Ordnung der Zeit und der consequenter Weise der Obhut der Pontifices anvertraute Kalender aus.[194b]) Die Sonntagsordnung, wenn ich diesen modernen Ausdruck gebrauchen darf, was man an Festtagen thun dürfe und zu unterlassen habe, ist vielleicht nirgends so minutiös ausgebildet und streng gehandhabt worden als im alten Rom. Doch dies bringt uns bereits auf die Pontifices.

Die vorstehende Schilderung, welche die unmittelbaren Einwirkungen der Religion zum Gegenstande hatte, bedarf nämlich in Bezug auf das Privatrecht und den Prozeß noch insofern einer wesentlichen Ergänzung, als sie auch des Einflusses gedenken muß, den die geistliche Behörde der Pontifices auf beide ausgeübt hat. Es erstreckte sich ungleich weiter als die Religion.

Das Pontificalcollegium — seine Competenz bei Fragen des Fas — Ausdehnung seiner Thätigkeit — Freiwillige und streitige Gerichtsbarkeit — die legis actio sacramento = die Prozeßform des geistlichen Gerichts.

> Omnium tamen harum legum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis.
>
> Pomponius, l. 2 §. 6 de O. J. (1. 2).

XVIII[a]. Drei geistliche Behörden kennt das römische Alterthum, deren Einsetzung auf Romulus, Numa und Ancus Martius

194b) Ueber eine andere angebliche Einwirkung der Religion auf den ältern Prozeß s. II S. 675 fl.

d. h. auf die Urzeit zurückgeführt wird: das Collegium der Augurn, der Pontifices und der Fetialen. Den weltlichen Beamten verblieben zwar stets die unentbehrlichen religiösen Functionen ihres Amtes, wie z. B. die Auspicien und Opfer, aber Zweifel, Streitfälle, Verstöße gegen die religiöse Ordnung u. s. w. fielen ausschließlich der Cognition jener geistlichen Beamten anheim.[195]) Ihre ursprüngliche Function mag immerhin mehr begutachtender Natur gewesen sein, aber wie so oft gewann auch hier das Gutachten bald die Autorität des Richterspruches. Nur das Pontificalcollegium hat für unsere Zwecke ein näheres Interesse, und wir wollen versuchen im Folgenden ein Bild seiner Wirksamkeit und seiner Stellung zum Rechtsleben zu entwerfen.[195a]) Wir dürfen dasselbe als ein geistliches Gericht bezeichnen und brauchen, wenn wir mit dieser Bezeichnung an die geistlichen Gerichte des Mittelalters erinnern, eine nähere Vergleichung beider keineswegs zu scheuen. Es ist in der That eine überraschende Erscheinung, daß fast dieselben civilistischen Lehren, an denen im Mittelalter die Legislation des Pontifex Romanus sich versuchte, und deren praktische Anwendung den geistlichen Gerichten zufiel, bereits vor mehr als einem Jahrtausend der Pflege des Pontifex maximus anvertraut waren,[195b]) und nachdem sie in der Praxis

---

195) (165) Hinsichtlich der pontifices ist dies zur Genüge bekannt, hinsichtlich der Fetialen darf ich auf jede Schrift verweisen, in der sie berührt werden, z. B. Rubino, Untersuchungen über römische Verf. S. 170 flg. (in der solennen Formel bei Livius I, 32 wird ausdrücklich auf das Fas Beziehung genommen: audiat fas), von den Augurn erwähnen die Quellen manche Aussprüche über das Fas z. B. den berühmten des Attus Navius (Livius I, 36) u. andere (Rubino S. 219. 220).

195a) Von Seiten der Technik aus komme ich später (II §. 42) auf die Pontifices zurück. Hier ist es uns nur um den extensiven Umfang ihrer Wirksamkeit zu thun.

195b) (166) Es waren dies namentlich die Lehren von der Ehe, den Verwandtschaftsgraden als Ehehindernissen, dem Trauerjahr, dem Eide, dem Votum, den Testamenten. Auch die Sorge für den Kalender findet sich bei beiden.

des Pontificalcollegiums, beziehungsweise der geistlichen Gerichte, ihre Ausbildung gefunden hatten, mit dem Prozeß selbst in die weltlichen Gerichte ihrer Zeit übergingen. Das Fas des alten Rom ist das jus canonicum des spätern; zu beiden Zeiten gab es das jus utrumque, in dem sowohl geistliche wie weltliche Richter bewandert sein mußten. Zu dem jus pontificium, qua ex parte cum jure civili conjunctum esset (Cic. Brut. c. 42) gehörte, wie Rubino[196]) bemerkt hat, namentlich das Familienrecht, und es finden sich noch in den Pandekten Spuren der Pontificaljurisprudenz. „Ob eine Ehe gültig vollzogen, um Rubino selbst reden zu lassen, ob ein Eheverbot überschritten sei, ob rechtmäßige Vaterschaft und Verwandtschaft bestanden habe, war ebenso sehr von Einfluß auf die Verpflichtung zur Trauer, zur Vollziehung der Sacra, zur Expiation des Incestes, als auf bürgerliche Verhältnisse. Aehnliches mußte auch im Sachenrecht z. B. bei Eigenthumsfragen, so oft es sich um die Unterscheidung heiliger Orte von Privatgrundstücken handelte, insbesondere aber bei Erbschaften wegen der damit verbundenen Sacra und in vielen andern Fällen vorkommen. Hieraus mußte die Wechselwirkung entstehen, daß die an dem einen Ort angenommenen Regeln an dem andern nicht unbeachtet bleiben konnten; es läßt sich jedoch voraussetzen, daß sich hierbei in ältern Zeiten das Uebergewicht auf die Seite der Priester, schon wegen ihrer umfassenden Gelehrsamkeit, neigte."

Aber der Einfluß der Pontifices auf das Civilrecht war doch wohl ein noch unmittelbarerer, als hier angenommen ist; es gab wahrscheinlich Klagen und Ansprüche, die wie im Mittelalter ursprünglich nur bei dem geistlichen Gericht erhoben werden konnten,[197]) andere, die wenn auch beim weltlichen Gericht anzu-

---

196) (167) Rubino a. a. O. S. 218 hat meines Wissens zuerst den Zusammenhang des jus civile mit dem jus pontificium in Anregung gebracht und an einzelnen Punkten nachgewiesen. Hüllmanns „Jus pontificium der Römer" hat den Gegenstand nach der Seite, nach der er uns hier interessirt, wenig gefördert.

197) (168) Dies möchte ich z. B. annehmen hinsichtlich der Ansprüche,

bringen, doch erst eine Entscheidung des Pontificalcollegiums über eine Präjudicialfrage des Fas voraussetzten. Außer den bereits von Rubino und in der Note hervorgehobenen Beispielen nenne ich als solche Lehren, die dem geistlichen Recht ihre Ausbildung verdankten, namentlich die Lehre von der Zeit,[198]) der pignoris capio,[199]) von dem votum,[200]) die Römer selbst nennen auch die usucapio pro herede. Bei einigen Rechtsgeschäften wie der Eingehung der Ehe durch confarreatio, der arrogatio und dem testamentum in comitiis calatis fand wie bereits bemerkt (§. 18) eine Zuziehung des Pontifex maximus oder des ganzen Collegium Statt, und damit war der geistlichen Jurisprudenz die Gelegenheit gegeben auf die Theorie dieser Rechtsgeschäfte zu

---

die sich auf ein Begräbniß bezogen, also namentlich hinsichtlich der actio funeraria (nachher ins Edict des Prätors übertragen, ihrer ganzen Structur nach aber unverkennbar nicht unter dem Einfluß civilistischer Ideen entstanden), hinsichtlich der legis actio sacramento s. u. Noch zu Papinians Zeit konnte der Erbe zur Erfüllung der vom Testator in seinem Testament ihm zur Pflicht gemachten Errichtung eines Monuments durch das Pontificalcollegium gezwungen werden, l. 50 §. 1 de her. pet. (5. 3) ... tamen Principali vel Pontificali autoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis. — Daß die jura sepulchrorum dem indignus, dem die Erbschaft entzogen ward (l. 33 de relig. 11. 7) und dem suus heres, der sich abstinirte (l. 6 ibid.), verblieben, war gegen die Consequenz des Civilrechts, und ich möchte diesen Satz dem Einfluß des geistlichen Rechts zuschreiben.

198) (169) Vor allem die computatio civilis, über deren Anwendung auf die Begründung der manus durch usus ein Ausspruch des Pontifex Quint. Mucius von Gellius III, 2 mitgetheilt wird, den Schalttag u. s. w.

199) (170) Insoweit sie eine Beziehung auf das geistliche Recht hatte. Die XII Tafeln erkannten sie in dieser Richtung an. Gajus IV §. 28.

200) (171) Wenn Beamte oder das Volk ein Votum ablegten, so pflegte der Pontifex maximus die Formel vorzusagen, Liv. XXXI, 9. XXXVI, 2. XLI, 21. Valerius Maximus VIII, 13, 2 rühmt es dem Metellus nach, daß er senex admodum pont. max. creatus tutelam caeremoniarum per duos et viginti annos neque ore in votis nuncupandis haesitante ... gessit. s. Brissonius de vocibus ac formul. lib. I cap. 128.

influiren.[201]) Auch auf die Ausbildung des Kriminalrechts muß sie eingewirkt haben, denn aus den Pontificalbüchern wußte die spätere Zeit, daß unter den Königen von den Straferkenntnissen derselben eine Provocation ans Volk Statt gefunden, und ohne praktische Veranlassung hätten jene Bücher diese Notiz nicht aufgenommen. Das Pontificalcollegium muß also in einer uns unbekannten Weise bei der Provocation zugezogen worden sein, und der religiöse Charakter des ältesten Strafrechts macht es wahrscheinlich, daß diese Mitwirkung nicht bloß auf den Fall der Provocation beschränkt war. Ob die selbständige Strafgewalt der Pontifices sich auf die von geistlichen Personen begangenen Verbrechen gegen die Religion beschränkte, ist streitig.[202]) Wenn der Verführer einer vestalischen Jungfrau von ihnen mit dem Tode bestraft wird,[203]) so macht schon dies eine Beispiel eine weitere Ausdehnung ihrer Strafgewalt gewiß.

Nach dem übereinstimmenden Bericht späterer Referenten[204]) hat sich aber der Einfluß der Pontifices in alter Zeit keineswegs auf den so eben genannten Kreis von Materien beschränkt, er soll sich vielmehr über das ganze Recht und den Civilprozeß erstreckt haben. Die Kunst die Gesetze zu interpretiren und das Depot für die Legisactionen-Formulare, berichtet der Eine, habe sich im ersten Jahrhundert der Republik ausschließlich bei dem Pontificalcollegium befunden, und es sei alljährlich ein Mitglied desselben für diesen Zweig der Amtsthätigkeit deputirt worden. Ein Anderer meldet, daß das Civilrecht viele Jahrhunderte hindurch

---

201) (172) Mit Recht hebt Rubino S. 213 hervor, daß es sich hierbei nicht bloß oder auch nur vorzugsweise um die sacra gehandelt habe.

202) (173) Geib Geschichte des röm. Kriminalprozesses S. 74 u. flg. vertheidigt im Widerspruch mit der gangbaren Ansicht die Beschränkung auf den im Text bezeichneten sehr engen Kreis.

203) (174) Livius XXII, 5, 7.

204) (175) z. B. Pomponius in l. 2 §. 6 de orig. jur. (1. 2) Valer. Max. II, 5 §. 2. Auch Livius IX, 46 spricht schon von einem jus civile repositum in penetralibus pontificum.

in den Banden der Religion gelegen habe und ausschließlich den Pontifices bekannt gewesen sei, und diese letztere Nachricht nimmt anderwärts sogar die Gestalt an, daß die Pontifices absichtlich ein Geheimniß aus dem Recht gemacht hätten. Wenn unsere heutige Kritik dieser Nachricht keinen Glauben schenken will, so ist sie gewiß insoweit in ihrem Recht, als sie es für undenkbar erklärt, daß das Recht aus einem Gemeingut des Volks eine Geheimlehre der Pontifices hätte werden sollen. Andererseits aber geht sie zu weit, wenn sie jene Nachricht bloß darauf reduciren will, daß die Formulare für rechtliche Geschäfte vorzugsweise bei den Pontifices aufbewahrt gewesen seien.[204a]) So viel ist in meinen Augen unter allen Umständen klar: die Pontifices müssen in alter Zeit einen ganz entscheidenden Einfluß auf das Civilrecht und den Prozeß ausgeübt haben, — wie hätte sich sonst jene Sage bilden können? — und sie müssen, um dies zu können, in einer praktischen Beziehung zum Rechtsverkehr und zur Rechtspflege gestanden haben — denn es wäre in der Geschichte unerhört, daß eine Behörde, die praktisch mit einem Verhältniß Nichts zu schaffen hat, die dafür maßgebenden Grundsätze und Formen hätte ausbilden sollen und sie bei der dafür eingesetzten Behörde zur Geltung hätte bringen können.[205]) Es kommt darauf an Anknüpfungspunkte für die praktische Thätigkeit der Pontifices zu suchen, zu erklären, wie dieselben, ohne von Staatswegen mit der Handhabung des Rechts betraut gewesen zu sein, dennoch auf dem Wege freiwilliger Heranziehung zu derselben jenen hervorragenden Antheil gewinnen konnten.

Das römische Leben kannte drei Formen, in denen jeder Rechtskundige seine Kenntnisse und Geschicklichkeit zum Nutzen des Publikums verwenden konnte: das Amt eines Concipienten und

---

204a) (176) Rubino a. a. O. S. 225.

205) Die Leviten beim Volk Israel und der Gesetzsprecher in Island (Dahlmann Gesch. von Dännemark II S. 192, K. Maurer in der Münchner Krit. Vierteljahrsschrift VII S. 62) machen davon keine Ausnahme.

Schreibers rechtlicher Urkunden (das „cavere und scribere"), das eines Consulenten („respondere") und eines Schiedsrichters (receptum arbitri). Daß die Pontifices für das erste Amt in ältester Zeit wie wenig andere geeignet waren, bedarf nicht der Bemerkung. Leute der Feder und des Worts, gezwungen und gewohnt die mancherlei Urkunden und Formulare, zu deren Entwerfung ihr geistlicher Beruf ihnen die unmittelbare Veranlassung bot, mit aller Sorgsamkeit und Umsicht aufzusetzen, vertraut mit den Grundsätzen des geistlichen Rechts, die in so manche bürgerliche Rechtsgeschäfte einschlugen, waren sie für das alte Rom dasselbe, was die Geistlichen auf gleichen Culturstufen überall gewesen sind: die gebornen Schreibmeister und Notare der Nation. Mit der Entwerfung und Abfassung solcher rechtlichen Urkunden im einzelnen Fall geht aber die Ausarbeitung und Sammlung stehender Formulare im Interesse der Erleichterung der Arbeit Hand und Hand, und wenn man weiß, welch' tiefeingreifenden Einfluß auf die formelle und materielle Gestaltung des römischen Rechts diese Sammlungen ausgeübt haben (II §. 36), so wird man nicht daran zweifeln, daß diese notarielle Praxis, wenn wir sie so nennen wollen, den Pontifices eine reiche Quelle der Einwirkung auf das Civilrecht öffnen mußte, wie denn in der That letzteres überall die Hand der Pontifices verräth (II §. 42).

An diese erste Thätigkeit schlossen sich naturgemäß die beiden andern an. Wer wäre bei einem Streit über den Sinn einer Urkunde geeigneter gewesen den gewünschten Aufschluß zu ertheilen als die Person, welche sie entworfen hatte? Das respondere war in vielen Fällen nichts als eine Erläuterung oder Ergänzung des scribere. Und selbst ganz unabhängig davon: wie viele Fragen und Verhältnisse gab es, bei denen wegen ihrer mittelbaren Beziehung zum geistlichen Recht nur die Pontifices eine zutreffende Entscheidung abgeben konnten. Nun braucht man sich dieselben Fragen und Verhältnisse nur als Gegenstand eines Rechtsstreites zu denken und sich der ursprünglichen Stellung und Aufgabe des Richters als einer von beiden Partheien um seine rechtliche

Ansicht angegangenen Vertrauensperson zu erinnern (S. 168), um gewiß zu sein, daß die Partheien in vielen Fällen nichts besseres thun konnten als einen Pontifex zum Schiedsrichter zu wählen. Die dienstliche Stellung desselben brachte es mit sich, daß er die Erlaubniß seines Vorgesetzten oder des Collegiums einholen mußte, denn die Ueberhäufung mit solchen Aufträgen konnte dem Dienst nachtheilig werden. Andererseits aber lag es keineswegs im Interesse des Collegiums solche Aufträge zurückzuweisen; dieselben boten ein ganz werthvolles Mittel den Einfluß und das Ansehn desselben zu erhöhen und ließen sich zugleich als Geldquelle für den kirchlichen Fond benutzen. Es war nicht mehr als billig, daß die Götter für die Zeit, die der Pontifex ihrem Dienst entzog und den streitenden Theilen widmete, entschädigt wurden. Dies geschah durch das von der unterliegenden Parthei zu entrichtende sacramentum; der Sicherheit wegen mußte es von beiden Partheien vor Beginn des Prozesses beim pons sublicius deponirt werden;[206]) der siegende Theil erhielt das seinige zurück. Ein Mitglied des Colleges ward alljährlich für diesen Zweig der Geschäftsthätigkeit committirt.[207])

So hatte also das Pontificalcollegium das obige Verhältniß aus einer bloßen Privatsache des einzelnen Pontifex zu der ihrigen gemacht und das Schiedsrichteramt in den Organismus seiner Berufsthätigkeit aufgenommen. Damit ergab sich von selbst die Nothwendigkeit gewisse Grundsätze und Formen des Verfahrens aufzustellen, und es ist uns ausdrücklich bezeugt, daß das Depot der Formulare des ältesten Prozesses bei dieser Behörde gewesen sei,[207a]) die legis actiones werden unter den monumenta ponti-

---

206) Es war dies der Ort, von dem die Römer selber den Namen der pontifices ableiten, Varro de L. L. VI, 15, 180; ob mit Recht oder Unrecht, ist gleichgültig, die Beziehung des sacramentum zu den pontifices ist dadurch jedenfalls constatirt. Ueber die Verwendung desselben zu religiösen Zwecken s. Fest. sub sacramentum.

207) Pomponius in l. 2 §. 6 de O. J. (1. 2) ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis.

207a) l. 2 §. 6 cit.

ficum aufgeführt.[208]) Der älteste römische Prozeß war das Werk der pontifices, oder genauer, er war nichts als der Prozeß am geistlichen Schiedsgericht. Denn als ein Gericht oder einen Gerichtshof dürfen wir dasselbe bezeichnen. Besaß dieser Gerichtshof auch keinen Gerichtsbann, so war er doch eine dauernde, speciell für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten eingerichtete Behörde, und es brauchen wohl nicht erst die vielen günstigen Umstände, die sich bei ihm vereinigten, namhaft gemacht zu werden, um es begreiflich erscheinen zu lassen, daß er thatsächlich ganz die Stellung eines vom Staat eingesetzten Gerichts einnahm.

Aber mit dieser bloß thatsächlichen Stellung desselben war es auch gegeben, daß er dieselbe, wie er sie gewonnen, so auch wiederum verlieren konnte, ohne daß es dazu eines Akts der gesetzgebenden Gewalt bedurft hätte. Der dominirende Einfluß der Geistlichkeit außerhalb der kirchlichen und religiösen Sphäre, so berechtigt er für eine gewisse Culturstufe ist, geht doch mit letzterer selber vorüber, und auch den Pontifices blieb diese Erfahrung nicht erspart. Die legis actio sacramento in der Gestalt, wie Gajus sie schildert, spielt nicht mehr vor dem geistlichen Gericht, sondern vor dem Prätor. Letzterer läßt sich Bürgen für das sacramentum bestellen, das sacramentum selber aber fällt an das Aerar.[208a]) Denkt man sich diese legis actio, wie es gewöhnlich geschieht, als die ursprüngliche Prozeßform des weltlichen Gerichts, so ist eben so schwer zu begreifen, warum man nicht von Anfang an das sacramentum an das Aerar gewiesen habe, als wie man, wenn verfassungsgemäß diese Einnahme den Göttern überwiesen war, sie ihnen späterhin wieder entziehen durfte. Das wäre ein Raub an dem gewesen, was den Göttern gebührte. Faßt man die Sache dagegen in der von mir entwickelten Weise auf, so erklärt sich beides in befriedigendster Weise. Die Prozeß-

---

208) Val. Prob. de notis antiq. §. 1 u. 4. Cic. de orat. I, 43.

208a) Gaj. IV, 16 . . in publicum cedebat; davon, daß es früher anders gewesen sei, weiß er Nichts.

kosten gebührten dem geistlichen Fond, wenn und so lange ein geistlicher, dem weltlichen Fond, wenn und als ein weltlicher Richter die Entscheidung abgab. Mit demselben Recht, mit dem die Partheien früher vorzugsweise auf den geistlichen Richter compromittirt hatten, konnten sie, sobald sie es vorzogen, einen weltlichen Richter wählen. Der Umschwung, der in dieser Richtung eintrat, war rein Sache der Sitte, dem geistlichen Gericht ward damit rechtlich Nichts entzogen. Daß man das Verfahren, welches sich bei ihm ausgebildet und bewährt hatte, nebst den betreffenden Formularen und Grundsätzen mit hinüber nahm, und daß man der legis actio sacramento ihren alten Namen beließ, obschon er jetzt nicht mehr paßte, entspricht ganz der römischen Weise.

Die im Bisherigen vorgetragene Ansicht stimmt mit der von mir in der ersten Auflage entwickelten darin überein, daß sie die Entstehung des ältesten römischen Prozesses auf die Pontifices zurückführt und in der legis actio sacramento das Prozeßverfahren vor dem geistlichen Gericht erblickt, und von der Richtigkeit dieser Ansicht bin ich immer noch in dem Maße überzeugt, daß ich nicht begreife, wie man ohne sie die überall hervortretende Beziehung des ältesten Verfahrens auf die Pontifices erklären will. Die Frage dagegen: wie konnten die Pontifices in den Besitz der Civilrechtspflege gelangen, habe ich früher in anderer Weise beantwortet. Während ich sie vorhin nämlich in der Weise beantwortet habe: durch freiwilliges Compromiß der Partheien, habe ich in der ersten Auflage den Eid zur Erklärung herangezogen. Aus allen eidlich bekräftigten Verträgen, meinte ich, sei die Klage wie im Mittelalter an das geistliche Gericht gegangen, und da die Partheien es in der Hand hatten auch bei einem nicht von vornherein eidlich bekräftigten Verhältniß einen Eid hinzuzufügen, so hätten sie damit jeder Zeit die Competenz des geistlichen Gerichts begründen können. Gegen die innere Wahrscheinlichkeit

dieser Ansicht wird, wer die Entwicklung der geistlichen Gerichtsbarkeit im Mittelalter[208b]) kennt und die ausgedehnte Anwendung, welche der Eid bei den übrigen indogermanischen Völkern im Prozeß gefunden hat,[209]) in Anschlag bringt, schwerlich großen Widerspruch erheben. Dagegen ist die äußere Begründung, die ich meiner Ansicht zu geben versucht habe, um so mehr bemängelt worden, und auch der Aufwand von Gelehrsamkeit und Scharfsinn, den Danz später gemacht hat, sie weiter auszuführen und zu vertheidigen,[209a]) hat von einzelnen Zustimmenden abgesehen[209b]) ihr die allgemeine Meinung nicht zu gewinnen vermocht.[209c]) Auch

---

208b) Auch in England; s. Gundermann Engl. Civilr. I S. 105: „Endlich entschieden die kirchlichen Gerichte seit der Zeit des Königs Stephan auch über Vertragsbrüche pro laesione fidei, weil hierin ein Verstoß gegen das Gewissen also ein geistliches Vergehen gesehen wurde. Die geistlichen Gerichte erschienen da längere Zeit als Courts of equity."

209) Außer den Consacramentalen des deutschen Rechts verweise ich mit Danz, Jahrb. des gemeinen Rechts V S. 89 fl., auf den attischen Prozeß, wozu noch Kreta hinzuzufügen ist, wo nach Plato leg. XII, 4 Rhadamanthus angeordnet haben soll, daß alle Prozesse durch Eid zu entscheiden seien.

209a) Danz Der sakrale Schutz im römischen Rechtsverkehr, Jena 1857. S. 181 fl. Wenn er in der in der vorigen Note citirten Abhandl. S. 88 von einer wesentlichen Abweichung unserer beiderseitigen Ansichten spricht, so scheint dies auf einem Mißverständniß zu beruhen. Auch ich habe die legis act. sacram. ausschließlich auf den Eid gestützt und auf S. 266 der ersten Aufl. ausdrücklich den Weg angegeben, wie diese Voraussetzung der Klage sich bei jedem Verhältniß begründen ließ, auch ich habe S. 265 das sacramentum im Sinn des Succumbenzgeldes ausdrücklich als „Strafe für den gebrochenen Eid oder die fälschliche Beschuldigung der Eidbrüchigkeit" bezeichnet. Der einzige Punkt, worin wir abweichen, besteht darin, daß Danz beide Partheien schwören läßt.

209b) Leist Civil. Studien III S. 261 u. Huschke, der in seiner Jurispr. Antej. bei Gajus IV, 13 keinen Anstand genommen hat die Worte falsi jurisjurandi nomine in den Text aufzunehmen.

209c) S. dagegen Girtanner Die Stipulation, Kiel 1859. S. 1—80. De Geer in Nieuwe Bijdragen VIII, IX (1858, 1859) S. 676 fl. Rudorff Röm. Rechts-G. II S. 81. Bethmann-Hollweg Der römische Civilprozeß I S. 121. Stillschweigend verworfen von Keller Röm. Civilpr. §. 13. Walter Röm. R.-G. II §. 704.

ich selbst bin inzwischen sehr zweifelhaft geworden. Der Zweck meines Buchs schließt eine eingehende Prüfung des Für und Wider aus. Andererseits aber halte ich mich bei einer Idee, die zuerst von mir ausgesprochen und auf die von Andern vielfach Bezug genommen ist, nicht für berechtigt die betreffende Parthie der ersten Auflage (S. 263—268) einfach wegzulassen, und ich lasse sie daher im Folgenden unverändert abdrucken.[210])

Es kommt darauf an einen Gesichtspunkt aufzufinden, der die Ausdehnung der geistlichen Gerichtsbarkeit auf profane Geschäfte motivirt, d. h. ein Mittel, eine Form anzugeben, wodurch diesen Geschäften eine religiöse Beziehung verliehen und dadurch die Competenz des geistlichen Gerichts begründet werden konnte. Als ein solches Mittel stellt sich der promissorische Eid dar; jedem Versprechen, jedem Rechtsgeschäft kann er als Bestärkungsmittel hinzugefügt werden, und die tägliche Erfahrung lehrt uns den Gebrauch dieses Mittels. Der Verkehr pflegt namentlich dann und da zu demselben zu greifen, wo er sich durch das Recht in seiner freien Bewegung gehemmt sieht.[210a]) Geschäfte, für die keine rechtlich bindende Form existirt, oder welche materiellen Beschränkungen unterliegen, die dem Verkehr lästig sind, flüchten sich vom Boden des Rechts auf den der Religion, und der Eid erweist sich trotz des mangelnden äußern Zwanges in der Regel als ein ebenso wirksames Bindemittel als das Recht. Den Römern war von altersher die Anwendung dieses Mittels sehr geläufig.[210b])

---

210) Die Zusätze sind mit [ ] bezeichnet.

210a) (177) So im Mittelalter beim Eindringen des römischen Rechts gegenüber manchen Bestimmungen desselben, die mit den bisherigen Sitten und Ideen in Widerspruch traten z. B. der Unzulässigkeit der Erbverzichte. Ebenso gegenüber dem verkehrswidrigen Verbot der Zinsen durch das kanonische Recht.

210b) (178) Auch der assertorische Eid als Mittel zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten war bei ihnen sowohl in als außer dem Prozeß im aus-

Die Beamte leisteten den Eid auf die Gesetze, die Soldaten bei der Aushebung den Diensteid (sacramentum), dann den Lagereid,[210c]) und unter einander ursprünglich freiwillig, später nach Vorschrift, den Eid nicht die Flucht zu ergreifen, ihre Reihen nur aus gewissen Gründen zu verlassen[210d]) u. s. w. Die Benutzung des promissorischen Eides für den Rechtsverkehr wird uns von Dionys ausdrücklich bezeugt,[211]) und manche theils bereits benutzte, theils übersehene Argumente bekräftigen sein Zeugniß. Daß sponsio, das solenne Versprechen, etymologisch auf ein religiöses Bindemittel hinweist, ist schon von den Römern bemerkt.[211a]) Daß dies Bindemittel der Eid gewesen, sagt Festus, indem er consponsor durch conjurator erklärt.[211b]) Beachtung ver-

---

gedehntesten Gebrauch. Die Censusangaben erfolgten eidlich, Liv. XLIII, 14. commune omnium civium jusjurandum; Gellius IV, 20: de uxoribus solemne jusjurandum. Huschke Verf. des Serv. Tullius. S. 574. [Liv. VI, 22 jurare parato in verba excusandae valetudinis. Cato de re rust. c. 144 Factores qui oleum fecerint omnes juranto .. sese de fundo neque alium quemquam suo dolo malo oleum neque oleam surripuisse.]

210c) (179) Gellius XVI, 4.

210d) (180) Ruperti Handbuch der römischen Alterthümer. Theil 2. S. 883. [Liv. II, 45.]

211) (181) Dionys. I, 40. [Mommsen Röm. Forschungen I S. 357. Aufl. 2: die Nachricht sei zu beschränken auf klaglose Verträge. Beispiele aus späterer Zeit bei Plaut. Curc. III, 88, IV, 4, 10, Pseudolus I, 3, 118. Rudens Prolog. 46, 48.]

211a) (182) Festus voc. spondere ... ex Graeco dictum ait, quod ii σπονδάς interpositis rebus divinis faciant. Gaj. III §. 93 quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse. σπένδω, σπονδή bezeichnet ursprünglich die Libation (Spende), daher σπονδαί der Friedensschluß, das Bündniß, bei dessen Abschluß diese Libationen vor allem vorkamen. [Ballhorn-Rosen, Zur Vorgeschichte des römischen Rechts. 1853 S. 58.]

211b) (183) sub voce: consponsor. Wenn consponsor = conjurator, so ist sponsor derjenige, der sich eidlich zur Erfüllung eines Versprechens verpflichtet hat. [Die Unhaltbarkeit dieses Arguments hat dargethan Girtanner a. a. O. S. 40 fl.] Zur Annahme einer sakralen Form

dient ferner der unzweifelhaft religiöse Charakter der völkerrechtlichen sponsio[211c]) und der Fingerzeig, den uns die Etymologie in den Wörtern jurare und juramentum gewährt. Woher kommen beide zu der Bedeutung des Schwörens? Sie stammen von jus, Band, Recht, jurare würde also wörtlich übersetzt bedeuten: ein Band, einen Bund, ein Recht begründen, juramentum: ein Bindemittel, ein Mittel des Rechts. Wenn sie aber durch den Sprachgebrauch die ausschließliche Bedeutung des Schwörens und eines Eides erhalten haben, so darf man daraus, glaube ich, entnehmen, daß sich verbinden, ein Recht begründen und schwören lange Zeit hindurch für gleichbedeutend gegolten haben muß. Die Wirkung, das Sich verpflichten, trat dann später zurück gegen die Ursache, das Schwören, und so erhielt jurare seine neuere Bedeutung.

Die eidliche Bekräftigung eines Versprechens mochte namentlich da üblich sein, wo dasselbe juristisch unwirksam gewesen sein würde.[212]) Wenn der Eid nicht erfüllt wurde, wenn Zweifel und Streitigkeiten hinsichtlich desselben sich erhoben, so lag es am nächsten, die Pontifices anzugehn.[213]) Ob sie wie die geistlichen Gerichte des Mittelalters berechtigt waren den, der den Eid abgeleistet hatte, wir wollen ihn den Beklagten nennen, zur Verant-

---

der Obligationen haben sich übrigens schon Manche veranlaßt gesehen z. B. Huschke Das Nexum S. 101. 102. Danz Rechtsgeschichte B. 2 S. 107.

211c) (184) Osenbrüggen De jure belli et pacis S. 77 u. flg. Der Feldherr, der eine vom Volk nicht genehmigte sponsio abgeschlossen, ward dem Feinde überliefert „ut populus religione solvatur" oder „ut populus R. scelere impio sit solutus", Cicero de leg. II, 16 gebraucht sponsio beim votum: voti sponsio, qua obligamur deo.

212) (185) z. B. die Verträge, zwischen Patron und Clienten; daher vielleicht noch im neuern Recht die jurata operarum promissio des Freigelassenen. — Ferner Versprechen, denen keine res zu Grund lag. (S. zweites System.)

213) (186) Dionys. II, 73: *Ποντίφικες γὰρ δικάζουσιν τὰς ἱερὰς δίκας ἁπάσας ἰδιώταις τε καὶ ἄρχουσι καὶ λειτουργοῖς θεῶν.* [Plaut. Rudens V, 3, 21 tune meo pontifex perjurio es?]

wortung zu ziehen, bleibe dahin gestellt. Aber wenn beide Partheien sich einig waren, erfolgte Untersuchung und Urtheil und zwar, wie ich glaube, in der Weise, daß jede von ihnen für den Fall des Unterliegens ein Succumbenzgeld (sacramentum) deponirte, welches demnächst an einen Tempel fiel. Dies Succumbenzgeld enthielt je nach dem Ausgang des Prozesses die Strafe für den gebrochenen Eid oder die fälschliche Beschuldigung der Eidbrüchigkeit. Der Ruf der Rechtskenntniß, in dem die Pontifices standen, der Vorzug der Ständigkeit der Behörde, einer constanten Praxis und Tradition, den dieses Gericht vor dem weltlichen Richter voraus hatte, konnte auch im Fall eines gewöhnlichen Rechtsstreites, bei dem es sich nicht um einen Eid handelte, es den Partheien wünschenswerth machen denselben vor das geistliche Gericht zur Entscheidung zu bringen. Die Competenz desselben, wenn man überhaupt hierbei von einer Competenz sprechen will, ließ sich jeden Augenblick durch Ableistung eines auf den Rechtsstreit bezüglichen Eides begründen, vielleicht ward auch der Eid durch Fiction ersetzt, so daß es lediglich auf Deposition des sacramentum ankam.[214]) Dies ist die legis actio sacramento in ihrer ursprünglichen Gestalt. Je seltener der Eid ward, um so eher konnte man sich daran gewöhnen, unter der actio sacramento, die ursprünglich Eides-Klage bedeutete — denn sacramentum[215]) heißt sonst der Eid — eine Klage mit Succumbenz-

---

214) (187) Die Deposition erfolgte, wie Varro de L. L. V. 180 uns berichtet, bei dem pons ... ad pontem deponebant ... qui judicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat. Der pons war der pons sublicius, von dem Varro den Namen der pontifices ableitete (ib. V, 15), und an dem letztere zu opfern hatten. Die Deposition erfolgte also bei den Pontifices.

215) (188) Später vorzugsweise beim Soldateneid in Gebrauch geblieben. Daß sacrare, sacramentum u. s. w. auch abgesehn von diesem Fall eine besondere Beziehung zum Eide hat, dafür berufe ich mich auf folgende Stellen des Festus: sub voc: Sacramento dicitur quod [jurisjurandi sacrat]ione interposita actum est; [unde quis sacramen]to dicitur interrogari, quia [jusjurandum interponitur] etc., sub voc. Sa-

strafe, und unter sacramentum selbst das Succumbenzgeld zu verstehen. Der Uebertragung einer solchen der religiösen Beziehungen entkleideten Prozeßform auf die weltlichen Gerichte stand Nichts im Wege, und so erfolgte dieselbe in ähnlicher Weise, wie viele Jahrhunderte später der bei den geistlichen Gerichten des Mittelalters ausgebildete Prozeß auf die weltlichen Gerichte überging. Das Succumbenzgeld fiel aber consequenterweise nicht mehr an die Götter, sondern an den Staat.[216])

Die hier aufgestellte Ansicht erklärt es, wie das Pontificalcollegium zu einer so ausgebreiteten und generellen Gerichtsbarkeit in rein weltlichen Dingen gelangen konnte, daß sich später daraus die Sage von einer ausschließlichen Handhabung der Civilrechtspflege durch die Pontifices bildete. Der natürlichen Anziehungskraft, die das Pontificalcollegium, wie oben bereits erwähnt, aus manchen Gründen ausüben mußte, bot die actio sacramento eine entsprechende, überall anwendbare Form. Was man von den Pontifices begehrte, war mehr ein Gutachten als ein Urtheil in unserem heutigen Sinn, wie noch aus der Erkenntnißform: sacramentum justum esse und aus der früher bereits entwickelten allgemeinen Function des römischen Richters (§. 12) hervorgeht. Jenes Gutachten wurde aber in bestimmten Formen nachgesucht und ertheilt, und daß die Kenntniß dieses Verfahrens und der Praxis des geistlichen Gerichts Niemanden in dem Maße zu eigen sein konnte als den Pontifices selbst, versteht sich von selbst. Daraus machte eine spätere

---

crosanctum dicitur, quod jurejurando interposito est institutum etc. Uebrigens brauche ich wohl kaum zu bemerken, daß für die im Text vorgetragene Ansicht die Bedeutung des Wortes sacramentum nur ein einzelnes Argument bildet, die eigentliche Beweiskraft aber in dem Gesammtzusammenhang des Ganzen ruht, und ich darf hinzusetzen, daß ich selbst auf jenes Argument erst aufmerksam geworden bin, nachdem jener Gesammtzusammenhang mir die vertheidigte Ansicht aufgedrungen hatte.

216) (189) Gaj. IV, §. 16 in publicum cedebat (Prozeß vor dem weltlichen Gericht) Fest. sub Sacramentum ... quod consumebatur in rebus divinis (beim geistlichen Gericht).

Zeit die Fabel von der Geheimhaltung des Civilrechts durch die Pontifices.

Das römische Recht hat der Praxis des geistlichen Gerichts gewiß viel zu danken, nicht bloß wegen der relativ hohen Intelligenz und Rechtskunde, die sich bei denselben fand, sondern vor allem darum, weil sich hier am ersten eine constante Praxis bilden konnte und bildete. Es war hier nicht einem Einzelnen die Rechtspflege anvertraut, wie bei dem Könige, Consul und Prätor, sondern einer Behörde und zwar, was noch mehr sagen will, einer geistlichen. Die Macht der Tradition hielt hier den Einflüssen der individuellen Meinung das Gegengewicht, der Wechsel der Mitglieder des Gerichts war unschädlich. So war das geistliche Gericht der passende, abgelegene Ort, an dem der Ablagerungs-Prozeß des Rechts, wenn ich so sagen darf, der Uebergang desselben aus dem Zustande der Flüssigkeit und Formlosigkeit in den der Festigkeit und formellen Bestimmtheit am sichersten und raschesten erfolgen konnte.

Gemeinsames aller dieser Ausgangspunkte.

XIX. Der normale Charakter einer Anfangsbildung besteht in der Einheit ohne Verschiedenheit, d. h. der Gebundenheit der Gegensätze, der Unselbständigkeit der einzelnen Theile. Bevor die Unterschiede, die dem Keime nach in ihr bereits vorhanden sind, sich regen und bewegen können, muß eine Zeit vorausgegangen sein, die das Moment der Einheit möglichst kräftig, wenn auch einseitig entwickelt, soll anders letzteres nicht im verfrühten Kampf der Gegensätze rasch erliegen. Zu dieser Bemerkung veranlaßt uns ein Rückblick auf unsere bisherige Darstellung. Der Grundzug des bisher geschilderten Rechtssystems — wenn wir es nämlich ein System nennen wollen, worüber unten das Weitere — besteht eben in jener ursprünglichen Gebundenheit der Gegensätze,

jener Unselbständigkeit, Ununterschiedenheit der einzelnen Theile desselben. Erst jetzt, nachdem wir die Ausgangspunkte des Rechts im Einzelnen haben kennen lernen, ist es uns möglich gemacht diese sie alle gemeinschaftlich betreffende Bemerkung unter Bezugnahme auf frühere Ausführungen rasch zu erledigen.

Wir erinnern daran, daß es sich hier nur um die ursprüngliche Gestalt dieses Systems handelt, nicht um die, in der es in Rom selbst auftritt, denn hier begegnen uns schon gleich von vornherein manche Gegensätze, von denen einige bereits erwähnt, andere an gelegener Stelle nachgetragen werden sollen. Richten wir unsern Blick zuerst auf den Staat, so zeigte uns das Gentilitätsprincip die Identität des Staats und der Familie, den Staat mit familienartiger Organisation, die Familie mit politischen Functionen. Unsere Ausführung über das Verhältniß des Staats zum subjectiven Princip (§. 15) hat uns die ursprüngliche Identität des Staats und des Volks, der Gesetzgebung und des Vertrages, der vindicta publica und privata nachgewiesen; unsere Darstellung der Wehrverfassung die Identität der militärischen und politischen Ordnung, der Volks- und Heeres-Versammlung, des Feldherrn und Königs. Die Religion fügt sich ganz dieser Ordnung; politische Verbindungen sind zugleich religiöse, die politische Gewalt schließt die religiöse in sich, politische Peregrinität ist religiöse Peregrinität.

Fassen wir die Rechtssphäre des Individuums ins Auge, so erinnere ich an die ursprüngliche Identität der Selbsthülfe und der Rache, hervorgehend aus der Identificirung des Vermögens mit der Person, an die Unzertrennlichkeit des öffentlichen und Privatrechts. Verlust jenes ist Verlust dieses, mangelnde Theilnahme an jenem schließt die privatrechtliche Rechtsfähigkeit aus, und die Ertheilung jener erfordert Aufnahme in die Gens, also in eine an privatrechtlichen Beziehungen reiche Gemeinschaft. Die rein privatrechtliche Exekution führt umgekehrt zum bürgerlichen Tode, zum Verlust der gesammten Rechtsfähigkeit.

Doch es möge der Beispiele genug sein! Es reicht schon eine oberflächliche Betrachtung jenes Systems hin, um sich zu überzeugen, daß die Fäden, die später weit aus einander gehen, hier nahe in einem engverschlungenen Knoten vereint sind. Einen scharfen Gegensatz finden wir ursprünglich nur in dem Verhältniß der Bürger zu den Nichtbürgern und hier ist der Gegensatz allerdings ein klaffender, eine vollständige Negation alles dessen, was Recht und Staat gewähren.

Wir haben von einem ursprünglichen System dieser Ausgangspunkte gesprochen; dürfen wir dies? Der Sinn der Frage ist folgender. Es ist möglich, daß das römische Volk, das aus verschiedenen Volksstämmen zu einem Volke zusammenwuchs, von jedem derselben irgend ein Element seiner sittlichen Welt überkam, von dem einen, bei dem der Einfluß der Religion prävalirte, etwa das religiöse, von dem andern, dessen Sinn vorzugsweise auf Krieg gerichtet war, das militärische, von dem dritten das rein privatrechtliche. Und in der That ist die Behauptung aufgestellt, daß das römische Recht aus einer solchen Mischung entstanden, und der Versuch gemacht es auf seine ethnischen Urbestandtheile zurückzuführen.[217]) Sind wir nun für unsere Ausgangspunkte des römischen Rechts zu derselben Annahme gezwungen, sei es durch äußere historische Zeugnisse, sei es durch innere Gründe? Bei einem kriegerischen Volke, das in beständiger Bewegung begriffen ist, versteht sich der Einfluß des militärischen Interesses auf die Verfassung von selbst. Das Geschlechterprincip fügt sich dem Zweck des Ganzen ungezwungen ein, und das subjective Princip mit seiner Erbeutung und Selbsthülfe findet kaum eine passendere Stätte als bei einem solchen Volke. Und das religiöse Princip? So wenig an sich die religiöse Stimmung dem kriegerischen Sinn widerstrebt, so könnte man doch am ersten in Versuchung kommen in einigen Spuren des religiösen Princips im römischen Recht Reste eines religiös angelegten Rechtssystems zu

217) Göttling Römische Staatsverfassung. Einleitung.

erblicken, das bei einem andern Volke seine Ausbildung erhalten hätte. Wir stellen diese Spuren und zur Vergleichung die entsprechenden Punkte des profanen Systems hier zusammen.

	Religiöses System.	Profanes System.
	Fas	Jus, vis.
Symbol:	aqua et ignis.	Hasta (quiris). Manus.
Repräsentant:	Numa.	Romulus.
Ehe:	confarreatio. (fax, aqua et ignis)	coemtio. (hasta coelibaris)
Vertrag:	Eid, sacramentum, sponsio, foedus.	Volksgarantie, mancipatio, nexum.
Prozeß:	legis actio sacramento.	Selbsthülfe. — vindicatio, manus injectio u. s. w.
Strafrecht:	homo sacer. Die Strafe als Reinigungsmittel.	Vindicta publica. Die Strafe als Abfindungsmittel.

Diese Spuren sind aber meiner Ansicht nach nicht genügend, um darauf jenen Schluß zu bauen; höchstens würden die beiden Formen der Ehe einen schwachen Anhaltspunkt gewähren.[218])

218) Man könnte fragen: woher für ein und dasselbe Volk zwei Formen der Ehe? Allein diese Mehrheit der Eingehungsarten der Ehe ist gar nicht auffällig. Das mosaische Recht kennt zwei Eingehungsarten, mit und ohne Verkauf (Michaelis Mosaisch. Recht B. II §. 85, 86), das indische acht, freilich auf wunderlichen Unterschieden beruhende Arten der Ehe (von Bohlen Das alte Indien B. 2 S. 141 fl.), in den slavischen Ländern findet sich in christlicher Zeit neben der kanonischen Form der Eingehung noch die alte weltliche (Maciejowski Slavische Rechtsgeschichte B. 2 §. 194), und selbst die Gegenwart mit ihrer Civilehe kann uns als Beispiel dienen. [Die Versuche die verschiedenen Eheformen auf ethnische Gegensätze zurückzuführen hat Roßbach Untersuchungen über die römische Ehe S. 165 zusammengestellt, und ich kann mir nicht versagen seine Zusammenstellung hier abdrucken zu lassen, sie sagt mehr als lange Deductionen!

I. Auf die Etrusker wird zurückgeführt
   1. die Confarreatio von Schrader, Wächter u. A.,
   2. die Coemtio von Hüllmann,
   3. die freie Ehe und der damit zusammenhängende Usus von Göttling, Rein u. Becker.

So wenig nun auch das älteste römische Recht uns sichere Spuren einer synkretistischen Entstehungsgeschichte darbietet, so will ich doch die bloße Möglichkeit derselben keineswegs in Abrede stellen, aber was ich behaupte, ist, daß ein innerer Zwang zur Annahme derselben durchaus nicht vorliegt, und daß die bisherigen Versuche dieselben äußerlich zu begründen ohne jedes sichere Resultat geblieben sind.[219])

Der Weg, den wir bisher zurückgelegt haben, um zu den Quellen des römischen Rechts zu gelangen, war von der Art, daß uns die Vermuthung fast beständig eine Brücke schlagen mußte. Mögen wir ihn im Einzelnen öfter verfehlt haben — wie wäre das bei der Natur der Aufgabe auch anders möglich? — das erreichte Ziel halte ich im Allgemeinen für das richtige. Wir dürfen jetzt dies schlüpfrige Terrain verlassen, um uns dem römischen Volk, das mit dem im Bisherigen entwickelten Kapital von Ideen und Einrichtungen seine Arbeit begann, zuzuwenden.

II. Auf die Latiner

1. die Confarreatio von Walter,
2. die Coemtio von Bluntschli, Göttling, Danz, Rein, Becker.

III. Auf die Sabiner

die Confarreatio von dem zuletzt Genannten.

Die ursprüngliche Einheit der beiden Eheformen hat meines Erachtens derselbe Gelehrte S. 192 fl. überzeugend dargethan.]

219) Wegen der im Text ausgesprochenen Ansicht hat mich ein Kritiker (Kuntze) in der Münchener Krit. Ueberschau II S. 187 fl. hart angelassen. Ihm fällt es nicht schwer die von mir entwickelten Gegensätze von Jus und Fas in glücklichster Weise ethnisch zu vertheilen, gleich als ob dies ein Kunststück wäre, wenn man sich davon dispensirt auch nur den Schein eines Beweises beizubringen! Inzwischen hat auch Mommsen Röm. Gesch. I Kap. 4 (Aufl. 4) S. 44 über diesen „heillosen Unfug" den Stab gebrochen.

Verhalten des römischen Geistes zu den gegebenen Ausgangspunkten.

1. Das Wesen des römischen Geistes und die Prädestination desselben zur Cultur des Rechts.

Tu regere imperio populos Romane memento.
Virg. Aen. VI, 852.

XX. Man hat die Bemerkung gemacht, daß die aus einer Mischung verschiedener nationaler Elemente entstandenen Völker sich durch nachhaltige Kraft auszeichnen, und für das römische Volk und dasjenige, welches unter den neuern die meiste Aehnlichkeit mit demselben hat, das englische, trifft diese Bemerkung in hohem Grade zu. Liegt der Grund darin, daß die Entstehung dieser Völker mit schweren Geburtswehen verbunden war, daß sie sich erst unter gewaltigen Anstrengungen, nach vorheriger Ueberwindung der durch die Verschiedenheit der Abstammung gegebenen Gegensätze in Sitte, Recht u. s. w. das Gut erwerben mußten, das andern Völkern als das bloße Resultat ihres längern Bestehens mühelos zufiel — die Nationalität? Uebt die Kraftanstrengung, mit der die Existenz des Volks beginnt, eine dauernde Nachwirkung auf seinen Charakter aus? Der Grund liegt wohl in etwas anderm, nämlich darin, daß jener Bildungsprozeß die Nationalitäten, die er zur Einheit verbinden soll, nicht bloß in ihrem innersten Wesen erregt und zersetzt, sondern von ihnen nur das Feste, Kernige, Eiserne übrig läßt. Das Feuer, das dem Metall unschädlich ist, verbrennt und vernichtet das Holz. Was nach den Eigenthümlichkeiten der verschiedenen Nationalitäten diese Feuerprobe nicht bestehen kann, geht unter; was sich gehalten hat und in der neu gebildeten Nationalität fortdauert, hat damit seine feuerfeste Natur bewährt. So gewinnt der Charakter des aus diesen Elementen gebildeten Volks an Energie, Ernst, Strenge, Härte, Lebensklugheit, was er an Kindlichkeit, Naivität, Laune

und allen Eigenschaften, die eine gewisse Harmlosigkeit der Lebensanschauung und ein ungetrübtes äußeres Glück voraussetzen, einbüßt — ein Charakter, gemacht die Welt zu beherrschen, nicht sie zu bezaubern. Solche Völker sind es, die, wie sie ihrerseits die Werke der Phantasie von andern Völkern entlehnen müssen, letztern dafür ihre Einrichtungen und Gesetze zurückgeben. Denn sie mit ihrer nüchternen Lebensansicht und ihrer der Uebereilungen und des Wankelmuths unfähigen Natur sind vor allem zur Cultur des Rechts berufen.

So ist also gleich die Bildungsgeschichte des römischen Volks für das Recht bedeutungsvoll. Die erste Scene der römischen Rechtsgeschichte beginnt mit einer Gegenüberstellung und folgeweise einer Kritik der Einrichtungen und Rechtsanschauungen, die jeder der drei Stämme, der latinische, sabinische und etrurische mit brachte, und endet mit einer Auswahl unter denselben von Seiten des neu entstandenen römischen Volks. Die Geschichte hat es uns zwar verwehrt einen Blick hinter den Vorhang zu werfen und öffnet ihn erst, als das römische Recht fertig da steht. Aber können wir uns die Vorgeschichte in anderer Weise ausmalen? Wenn drei Völker mit verschiedenen Einrichtungen, Sitten und Rechtsansichten sich zu einem Staat zusammenthun, wenn schließlich nur ein einziges Recht übrig bleibt, an dem keine Spuren nationalen Gegensatzes erkennbar sind, so muß nothwendigerweise der Widerspruch ausgeglichen, d. h. also das Eine oder Andere geopfert worden sein. Dieser Läuterungsprozeß, bei dem die Schlacken ausgeschieden wurden, und nur das Kernige zurückblieb, erforderte keine gewaltsamen Mittel. Wo Starkes und Schwaches sich im Leben zum freien Kampf begegnen, verleiht das innere Uebergewicht, das jenem inne wohnt, ihm von selbst den Sieg.

Drücken wir diesen Vorgang, bei dem die Stammesverschiedenheiten im Interesse des Staats überwunden werden, dahin aus, daß das Staats- und Rechts-Princip hier das der Nationalität überwältigt, so haben wir damit bereits für das erste Auf-

treten Roms den Satz gewonnen, in dem auch die spätere Bedeutung Roms, dessen eigenthümliche universalhistorische Stellung und Aufgabe beschlossen liegt. An keinen Namen knüpft sich so wie an den Roms der Gedanke eines Conflictes zwischen dem Nationalitäts- und dem abstracten Staats- und Rechts-Princip oder, wenn man dabei auch die kirchliche Bedeutung des modernen Roms mit ins Auge fassen darf, der Gedanke des Gegensatzes der Nationalität und allgemeiner, supranationaler Tendenzen.[219a]) Die geistige Substanz, die Rom in sich birgt, ist ein Scheidewasser, das, sowie es mit dem lebendigen Organismus einer Nationalität in Berührung tritt, ihn schmerzhaft erregt, ja wohl gar zersetzt und auflöst. Mit der eignen nationalen Selbstüberwindung beginnt die Geschichte Roms, und der Culminationspunkt derselben zeigt uns den römischen Staat, stehend an der Gränzscheide der antiken und modernen Welt, zu seinen Füßen zermalmt und zerrieben die Völker der damaligen Zeit. Nach dem Sturz dieser politischen Weltherrschaft erhebt sich auf derselben Stätte die Weltherrschaft der Kirche, eine Herrschaft des Geistes, mächtiger noch als die des Schwertes, und, als wäre dadurch jener Centralisations- und Expansionstrieb des römischen Geistes so lange nach dem Untergang des römischen Volks von neuem wieder angeregt, die Weltherrschaft des römischen Rechts. Wehe der Nationalität, wenn Rom sich naht — so möchte man ausrufen vom untergeordneten Standpunkt der Nationalität aus. Wenn wir aber gedenken, daß die Besonderheit und Trennung nicht das Ziel der Geschichte ist, sondern die Gemeinschaft und Einheit, daß die Individualität der Menschen und Völker durch das Moment der Allgemeinheit nicht zerstört, sondern geadelt und erhoben wird, dann werden wir in Rom nicht den Würgengel der Nationalitäten, den Geist, der bloß verneint, erblicken, sondern einen Träger und

---

219a) Des Zusammenhanges wegen nehme ich die Darstellung im Text aus der ersten Auflage hinüber, obschon dieser Gedanke bereits in dem §. 1 der gegenwärtigen Auflage weiter ausgeführt ist.

Vorkämpfer der Idee der Universalität gegenüber der einseitigen, beschränkten Herrschaft des Nationalitätsprincips. Freilich ohne schmerzhafte Berührung fremder Nationalitäten hat Rom seine Aufgabe nicht erfüllen können. Wie die Schärfe des Schwertes den Völkern der alten Welt blutige Wunden schlug, so die Schärfe des Begriffs, die das römische Recht charakterisirt, dem nationalen Rechtsleben der modernen Welt. Aber die Wunden und Schmerzen sind der Preis der Operation.

Von diesem Standpunkt aus begrüßen wir das römische Volk bei seinem Eintritt in die Welt mit den treffenden Worten Huschke's[220]) „als eins jener Centralvölker, in denen sich die auseinandergegangenen Strahlen der Menschheit wie in einem Brennpunkt sammeln." Da schon seine Bildungsgeschichte uns Anlaß gegeben hat seiner Mission und Eigenthümlichkeit zu gedenken, und da im spätern Verlauf der Darstellung das römische Volk gegenüber seinem Werk, dem Recht, zurücktritt, so halte ich es am geeignetsten den Charakter des römischen Volks und dessen eigenthümliche Prädestination zur Cultur des Rechts bereits an dieser Stelle zur Sprache zu bringen.

Der Nachweis jener Prädestination erfordert ein Eingehn in die Eigenschaften, den Charakter wie die intellectuelle Begabung des römischen Volks; nicht als ob daraus jene Prädestination selbst erklärt werden sollte — denn für sie läßt sich kein anderer Grund angeben, als daß einmal die Geschichte den Römern diese Mission der Cultur des Rechts zuertheilt hatte. Nicht weil die Römer diese und jene Eigenschaften hatten, waren sie zur Cultur des Rechts prädestinirt, sondern umgekehrt, weil ihnen nach der Oekonomie der Geschichte diese Aufgabe zugefallen war, waren sie subjectiv zur Lösung derselben befähigt. Es ist aber von Interesse diese Befähigung im Einzelnen zu verfolgen; nachzuweisen, wie der historische Beruf der Römer ihr ganzes Wesen durchdringt,

---

220) Verfassung des Servius Tullius. Vorrede S. 17.

Eigenschaften, Kräfte, Einrichtungen hervorruft, die sämmtlich dem Zweck jener Aufgabe dienstbar sind.

Es möge vorher noch mit wenig Worten die angebliche Abstammung und Aehnlichkeit der Römer von und mit den Griechen berührt werden. In der That sind beide Völker in ihren Bestrebungen und in ihrer Begabung so unendlich verschieden, daß man Mühe hat über der Verschiedenheit die Aehnlichkeit aufzufinden. Aber schon die Römer der spätern Zeit gefielen sich in der Idee von den Griechen abzustammen, und man beutete die vorhandenen Aehnlichkeiten in Sprache, Recht, Religion — theils und vorzugsweise die Reste der ursprünglichen Gemeinschaft aller indogermanischen Völker, theils die Resultate späterer Berührung beider Völker — in diesem Sinne aus. Es hat auch für die moderne Philologie eine Zeit gegeben, wo dieser Irrthum an der Tagesordnung und verzeihlich war, wo man sich für berechtigt halten konnte insbesondere die Verwandtschaft der griechischen und lateinischen Sprache aus der Annahme zu erklären, daß letztere eine Tochter der ersteren sei.[221]) Das Studium des Sanskrit hat nachgewiesen, daß diese Annahme eine irrige, die lateinische Sprache vielmehr eine Schwester der griechischen ist, welche die gemeinsame Muttersprache in vielen Stücken reiner und getreuer bewahrt hat als letztere.[222]) Das Verhältniß der Sprachen aber bezeichnet das der Völker selbst; sie sind Geschwister, die einst mit den übrigen indogermanischen Völkern unter einem Dache lebten, und als sie sich trennten, eine gemeinsame Ausstattung an Sprache,

---

221) Diese Annahme hat auf die etymologische Bestimmung römischer Rechtsausdrücke und damit auf die Auffassung der durch sie bezeichneten Institute selbst einen sehr nachtheiligen Einfluß ausgeübt, namentlich in Hüllmanns Grundverfassung und Ballhorn-Rosen, Ueber dominium. 1822. [Noch mehr in desselben Verfassers Schrift: Zur Vorgeschichte des römischen Rechts. I 1853, wo es förmlich in Carrikatur ausartet, s. darüber die Recension in den neuen Jahrbüchern von Klotz B. 70 S. 464 fl.]

222) Pott hat sich an vielen Stellen seines oft citirten Werkes hierüber ausgesprochen z. B. B. 1 S. XXVIII, S. 75, B. 2 S. 433 u. fl.

Sitte, Religion u. s. w. mitnahmen.[223]) Aber wie verschieden entwickelte sich ihr Charakter nach jener Trennung, wie weit ging Recht, Religion, Sprache u. s. w. bei den verschiedenen Völkern aus einander. Was insbesondere das Recht anbetrifft, so ist bis jetzt zwar der Versuch noch nicht gemacht die Spuren der ursprünglichen Rechts-Gemeinschaft aller indogermanischen Völker zu sammeln, allein so viel läßt sich schon jetzt sagen, daß die Sprache wenig Aufschlüsse gewähren wird. Für den Begriff sowohl wie für die meisten Institute des Rechts hat jede indogermanische Sprache eine andere, dieselben von einer verschiedenen Seite auffassende Bezeichnung. Was also auch die indogermanische Völker-Familie an gemeinsamen Rechtseinrichtungen ursprünglich besaß: die Thätigkeit der Sprache in der Bezeichnung derselben d. h. das Erwachen des Bewußtseins über dieselben fällt in die Zeit nach der Trennung. Dies gilt nun insbesondere auch von dem Verhältniß des griechischen zum römischen Recht. So groß auch die Zahl der in der griechischen und lateinischen Sprache gleich lautenden und gleich bedeutenden Ausdrücke sein mag: die Rechtsterminologie beider ist völlig verschieden, jedes der beiden Völker hat also die begriffliche Erfassung und Gestaltung seines Rechts völlig selbständig vollbracht.[223a]). Was man auch an einzelnen Einrichtungen, Gesetzen, Gebräuchen welche den Griechen und Römern gemeinschaftlich waren, aufzählen möge: auf keinem Gebiet läßt sich die Unabhängigkeit der Römer von

---

223) Ein gewisser Grad der Cultur war damals bereits erreicht. Das Gottesbewußtsein war entwickelt (in den meisten Sprachen hat sich noch das Wort dewa, Gott, erhalten. Pott B. 1 S. LVI), die Stufe des Nomadenthums zurückgelegt, man kannte Häuser, Dörfer, den Pflug, Mühlen u. s. w. Vergleiche hierüber Kuhn Zur ältesten Geschichte der indogermanischen Völker. S. 12, 16, 17.

223a) [So jetzt auch Mommsen Röm. G. I S. 84 (A. 4) „Aber wie entschieden die Entwicklung des römischen Staatsrechts nach Rom oder doch nach Latium gehört, und wie wenig und wie unbedeutend das Geborgte darin ist, beweist die durchgängige Bezeichnung aller seiner Begriffe mit Wörtern latinischer Prägung.“]

den Griechen und die Eigenthümlichkeit ihres ganzen Wesens so leicht und sicher erkennen, als auf dem des Rechts.

Das Wesen des römischen Geistes.[224])

Haben wir oben die Bedeutung Roms in die Geltendmachung einer abstracten Allgemeinheit in Staat und Recht gegenüber der Particularität des Nationalitätsprincips gesetzt, so könnte, wer vom römischen Volkscharakter nichts weiß, glauben, als ob sein Wesen in kosmopolitischer Allgemeinheit bestände. Wer aber die Römer nur irgendwie kennt, weiß, daß kaum ein anderes Volk eine so unverwüstliche Nationalität besessen und so fest daran gehalten wie sie. Nicht der Absperrung bedurfte diese Nationalität, um sich rein zu halten, nicht der Abwehr fremder Elemente; sie forderte alle Völker heraus sich mit ihr zu messen, nahm massenweis fremde Elemente in sich auf, aber rasch zersetzt assimilirten sich dieselben dem römischen Wesen, ohne ihrerseits beträchtliche Rückwirkungen auf dasselbe auszuüben. In der Blüthezeit Roms, auf

---

224) Der Philosoph von Fach möge mir verzeihen, wenn ich mich im Folgenden an einer Aufgabe der Philosophie der Geschichte vergreife, der meine Kräfte nicht gewachsen sind; hätte ich es gedurft, gern wäre ich ihr ausgewichen. — Daß eine Aufzählung aller Eigenschaften des römischen Charakters nicht genügt, brauche ich kaum zu sagen. Eine solche Aufzählung, die das ganze geistige und leibliche Besitzthum des Volks inventarisirt und in ihrer Genauigkeit wohl gar auch den Hausthieren als „Gehülfen des Menschen bei der Arbeit" (Hugo) einen freundlichen Blick zuwirft, erscheint mir nicht besser als die Charakteristik eines Steckbriefes. Man erfährt daraus, daß die allgemein menschliche Natur sich auch bei diesem Volk nicht verläugnet habe, diese und jene Eigenschaften sich hier in diesem und jenem Grade wieder fanden, aber das eigentlich Spezifische und durch eine bloße Addition an Eigenschaften nicht Wiederzugebende der Volksindividualität bleibt dabei unberücksichtigt. Auf letzteres, das allen jenen Eigenschaften Richtung und Ausdruck gibt, habe ich im Folgenden mein Augenmerk gerichtet, ohne es für erforderlich zu halten es ins Einzelne hinein zu verfolgen.

die wir uns bei dieser Charakteristik beschränken, steht die römische Nationalität da wie ein Fels im Meere, an dem die Völker der alten Welt wie Wogen sich brechen.

Wie verträgt sich mit dieser Energie, die das Nationalitätsprincip in Rom entfaltet, jene universelle, antinationale Mission des römischen Volks? Das universelle Moment im römischen Charakter geht hervor aus einer Eigenschaft, die nach der einen Seite ebensowohl eine expansive, universelle, wie nach der andern eine contractive, exclusive Tendenz hat — der Selbstsucht. Die Selbstsucht, die sich selbst zum Mittelpunkt der Welt macht, Alles nur auf sich bezieht, kommt nicht in Gefahr sich zu vergessen, ihre particularistisch-exclusive Stellung aufzugeben; ihre Universalität besteht bloß darin, daß sie Alles begehrt. Diese Expansionskraft des Begehrungsvermögens, wie sehr sie immerhin mit der engherzigsten Gesinnung verbunden sein möge, dient doch objectiv der Geschichte als ein sehr wirksames Mittel für den Gedanken der Universalität. Rom liefert uns dazu den glänzendsten Beleg.

Selbstsucht also ist das Motiv der römischen Universalität, Selbstsucht — und damit wenden wir uns unserer eigentlichen Aufgabe zu — der Grundzug des römischen Wesens. Es gibt eine kleinliche Selbstsucht, kleinlich in moralischer und intellectueller Beziehung, kurzsichtig in ihren Berechnungen, ohne Energie in der Ausführung, in augenblicklichen, kleinlichen Vortheilen ihre Befriedigung findend. Es gibt aber auch eine grandiose Selbstsucht, großartig durch die Ziele, die sie sich gesetzt hat, bewundernswürdig in ihren Conceptionen, ihrer Logik und Fernsichtigkeit, imponirend durch die eiserne Energie, die Ausdauer und Hingebung, mit der sie ihre fernen Ziele verfolgt. Diese zweite Art der Selbstsucht gewährt uns das Schauspiel der vollsten Anspannung der moralischen und intellectuellen Kräfte, sie ist die Quelle großartiger Thaten und Tugenden. Kein Charakter ist so geeignet, um ihre Natur kennen zu lernen, als der römische. Es hat kein Interesse die römische Selbstsucht in ihren nächsten, kleinlichen Schwingungen zu verfolgen, in jenen Eigenschaften der

Habsucht, des Geizes, der Härte und Lieblosigkeit u. s. w.; hier zeigt sie sich noch in ihrer ganzen unerquicklichen Nacktheit. Aber in demselben Maße, in dem die Verhältnisse, in denen das Individuum steht, und die Zwecke, denen es sich widmet, steigen, werden die Einwirkungen der Selbstsucht unkenntlicher, ihre Formen erhabener, und auf dem Höhenpunkt römischer Größe: der Hingebung an den römischen Staat, überwindet sich sogar die individuelle Selbstsucht, um sich selbst und Alles, was sie will, der des Staats zum Opfer zu bringen.

Es klingt paradox, daß auch jene Eigenschaften des römischen Charakters, wie die Tapferkeit, Vaterlandsliebe, Religiösität, die Achtung vor dem Gesetz u. s. w., Tugenden, die scheinbar keine Beziehung zur Selbstsucht haben oder wohl gar eine Entäußerung derselben voraussetzen, dennoch ihre Wurzeln in der Selbstsucht finden sollen. Um sich davon zu überzeugen, muß man nur den richtigen Standpunkt der Betrachtung wählen, nicht die römischen Individuen, sondern das Walten des römischen Volksgeistes ins Auge fassen.

Wenn ein Volk von einem Gedanken ganz und gar durchdrungen ist, wenn sein ganzes Wesen, Sein und Thun in diesem einen Gedanken aufgeht, so gestaltet sich natürlich der Charakter desselben dem entsprechend. Die Tugenden, die Kräfte kommen zur Entwicklung, die jenem Zweck am förderlichsten sind. Jene Selbstsucht nun, die wir oben charakterisirt haben, erfordert zu ihrem moralischen Apparat eine hohe Energie des Charakters, Tapferkeit, Selbstüberwindung, Ausdauer, Hingabe des Individuums an den allgemeinen Zweck, kurz die Eigenschaften, die wir bei den Römern wahrnehmen. Objectiv betrachtet sind dieselben also der nationalen Selbstsucht dienstbar, wenn auch subjectiv die Ausbildung und Bethätigung derselben gerade eine Selbstverläugnung enthalten sollte. Das einzelne Subject wird hier ohne sein Wissen und Wollen durch den Nationalgeist bestimmt; ob es sich seiner Bestimmung bewußt ist oder nicht, ist völlig gleichgültig. Von seinem Standpunkt aus mag die einzelne Handlung aus dem

Pflichtgefühl oder unmittelbar aus dem unbewußten Drange der innersten Natur heraus hervorgegangen sein; daß es diese Natur hat, daß ihm dies als Pflicht erscheint, das ist dem Walten des Nationalgeistes zuzuschreiben. Letzterer gestaltet den Volkscharakter, die sittlichen Institutionen, das ganze Leben in der Weise, in der sie seinen Zwecken am förderlichsten sind.

An diesem Objectivirungsprozeß der nationalen Selbstsucht hat allerdings auch die Reflexion, die bewußte Berechnung ihren Antheil. Den Römern war es Bedürfniß die Dinge selbstthätig zu gestalten, es widerstrebte ihnen sie nach der Theorie der Naturwüchsigkeit sich selbst zu überlassen. Es ist bereits früher (S. 97) darauf aufmerksam gemacht, wie dieser Zug auch in der römischen Sage hervortritt, und Keiner, der mit dieser Rücksicht die römische Welt betrachtet, wird den großen Antheil, den die Reflexion, Absichtlichkeit u. s. w. an ihr hat, verkennen können; überall ist ein Trieb nach intellectueller Erfassung und Beherrschung des Vorhandenen so wie die nachhelfende und organisirende Hand des Menschen wahrnehmbar. „Kein Theil des Staatslebens, sagt einer der besten Kenner des römischen Alterthums,[224a]) blieb, wie die Gestalt aller Institute desselben beweist, der spontanen Bewegung überlassen, noch beruhte er auf einer Masse unverbundener Traditionen; überall gibt sich das Bestreben kund, einen obersten Grundsatz zum Bewußtsein zu bringen und ihn mit der strengsten Consequenz durch die Einzelnheiten aller Regeln, Formen, Symbole durchzuführen.“ Aber die Hauptrolle bei allem diesem spielte doch der unvergleichliche nationale Instinct. Was ist dieser Instinct, ist er eine Naturanlage, die sich nicht weiter begründen läßt, eine primäre Eigenschaft des römischen Geistes? Ich erblicke in ihm nur die Folge jener Richtung auf praktische Zwecke, jener zur zweiten Natur gewordenen Gewohnheit der Römer ihre ganze geistige und moralische Kraft im Dienst der Selbstsucht zu verwenden. Die Römer konnten, möchte

224a) Rubino a. a. O. S. 205.

ich behaupten, nichts Zweckwidriges thun; bewußt oder unbewußt betrachten sie alles unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit, und wie die Griechen auch ohne Absicht und Bewußtsein das Schöne finden, weil ihr ganzes Wesen von der Idee des Schönen durchdrungen ist, so treffen die Römer mechanisch das Zweckmäßige.

Die Idee der Zweckmäßigkeit also ist das Prisma römischer Anschauung, und den schlagendsten Beweis dafür bietet uns die römische Götterwelt.[225]) Die Römer konnten nur anerkennen und ehren, was einen Zweck hatte; Götter, die ohne bestimmten Beruf bloß sich selbst gelebt hätten, wären ihnen als Müßiggänger erschienen. Darum hatte jeder römische Gott seinen praktischen Wirkungskreis, so zu sagen seinen Posten, für den und von dem er lebte. Das Princip der Theilung der Arbeit war in der römischen Götterlehre ins Lächerliche getrieben, die römische Erfindungsgabe war unerschöpflich darin neue Geschäftszweige, Verrichtungen und Handlangerdienste aufzusuchen, wofür sich ein eigner Gott anstellen ließ. Es gab kein Interesse, so nichtig und unbedeutend, keinen Moment des menschlichen Lebens: von der Geburt bis zum Tode, des Landbaus: von der Saat bis zur Erndte u. s. w., dessen Obhut der prosaische Sinn der Römer nicht irgend einem sehr langweiligen Gott anvertraut hätte.[226]) Diese Götter gehen, wie die Römer selbst, ganz und gar in ihren Zwecken auf, sie sind nichts als personificirte Zwecke.

Auch die Religiösität der Römer, von ihnen selbst und Andern so viel gepriesen, war im wesentlichen durch das Motiv der Zweckmäßigkeit oder der Selbstsucht bestimmt. Die Römer ehrten die Götter nicht, weil sie Götter waren, sondern damit letztere ihnen

---

225) Ich verweise des weitern auf Hegel in seiner Religionsphilosophie Theil 2, Abschn. 2, der die römische Religion ganz treffend als die Religion der Zweckmäßigkeit bezeichnet.

226) Ich verweise vor allem auf die Abhandlung von Ambrosch über die Religionsbücher der Römer. Bonn 1843. S. 11 u. fl.

dafür ihren Beistand zuwendeten. Das Maß der Beistandsbedürftigkeit, der Noth, in der man sich befand, war zugleich das der römischen Religiösität. Natürlich unterhielt man auch in glücklichen Zeiten ein gutes Vernehmen mit den Göttern und ließ es an Nichts fehlen, worauf sie einmal ein Recht hatten; man zahlte ihnen, wenn es erlaubt ist das obige Bild weiter auszuführen, ihren Gehalt, den Preis, um den sie im allgemeinen Rom ihre Gunst bewahrten, unverkürzt aus. Begehrte Jemand aber außergewöhnliche Dienstleistungen von ihnen — der Staat, wie die Einzelnen — so mußte er, da auch die Götter Nichts umsonst thaten, sie dafür entsprechend bezahlen. Eine beliebte Form die Götter zu gewinnen war das Votum; beliebt nämlich, weil man dabei am sichersten ging d. h. den Göttern erst seinerseits das Versprechen zu leisten hatte, nachdem sie ihrerseits den erwarteten Dienst erwiesen hatten. Das Votum enthielt eine Uebertragung des Obligationenrechts auf die Götter und bewegte sich auch in der Terminologie desselben.

Je mehr dies Urtheil über die römische Religiösität, das den Egoismus zur Triebfeder derselben macht, auf Widerspruch gefaßt sein muß, und je weniger der Versuch einer ausführlichen Begründung desselben hier am Ort sein würde, um so mehr muß ich an die obige Bemerkung von dem instinctartigen Walten des römischen Geistes erinnern. Es ist nicht meine Meinung, als ob bewußte Absicht und Berechnung in Rom mit den heiligsten Dingen ihr Spiel getrieben hätten,[227]) aber ebenso wenig kann ich glauben, daß in der Religion allein sich die römische Sinnesweise

227) Dies ist natürlich schon behauptet, es entsprach der rationalistischen Ansicht, die in der Religion nur ein Werk der Täuschung und Berechnung zu erblicken vermochte. S. z. B. Buchholz Philosoph. Untersuchungen über die Römer. 3 B. Berlin 1819, ein Werk, in dem die Philosophie außer auf dem Titel nicht sichtbar wird. B. 1 S. 144 u. fl. Die religiösen Feste werden S. 147 für nichts weiter erklärt, „als Mittel, wodurch die römische Regierung die Aufmerksamkeit des großen Haufens von sich ab und auf andere Gegenstände hinleitete."

sollte verläugnet haben. An einer andern Stelle (§. 21) erhalten wir Gelegenheit zu zeigen, wie die religiösen Institutionen sich den Zwecken des römischen Staats fügten. So verkehrt es sein würde auf Grund dieser Thatsache den Römern die Meinung unterzuschieben, als ob diese Institutionen und die Götter selbst nur ein Werkzeug in den Händen des römischen Staats sein sollten, so ist doch soviel gewiß, daß objectiv jene Institutionen dem Staat die wesentlichsten Dienste leisteten. Den Grund davon kann man aber nur in jener Eigenschaft des römischen Geistes suchen, vermöge deren er allem und jedem, was innerhalb der römischen Welt zur Erscheinung kam, wie wenig es auch seinem Ursprunge nach mit der Nützlichkeitsidee in Beziehung stand, eine praktische Seite abzugewinnen wußte.[228])

Bewährte sich dieser Trieb selbst auf dem religiösen Gebiet, um wie viel mehr in der profanen Welt.

Diese Welt im Ganzen und Großen enthält den Triumph der Idee der Zweckmäßigkeit; sie selbst sowie alle intellectuellen und moralischen Kräfte, die innerhalb derselben thätig werden, sind der Zwecke wegen da, mit Rücksicht auf sie bestimmt und gestaltet. Die Selbstsucht ist die Triebfeder des Ganzen; jene ganze Schöpfung mit allen ihren Institutionen und allen den Tugenden, die sich an ihr bethätigen, läßt sich als die Objectivirung oder der Organismus der nationalen Selbstsucht bezeichnen.

Dieser Ausdruck drückt vielleicht am kürzesten die Art und Weise aus, in der sich diese Selbstsucht bethätigte. Die römischen Institutionen, Tugenden u. s. w. ordnen sich zu einem Organismus zusammen, der durch den Gedanken der Selbstsucht getrieben wird. Diese Triebkraft aber offenbart sich nur in der Structur

---

228) An dem englischen Volk kann man ähnliche Beobachtungen machen. Wie manche Erscheinung läßt sich auch hier aufführen, die aus sittlichen Motiven hervorgegangen, wie z. B. die Sklaven-Emancipationsbestrebungen, das Missionswesen u. s. w., deren sich sofort der praktische Geist der Nation zu politischen Zwecken mit großem Erfolg bemächtigt hat.

und Thätigkeit des Ganzen, nicht der einzelnen Theile; letztere werden nicht selbständig durch dies Motiv, sondern durch das Bedürfniß des Gesammtorganismus bestimmt, und gerade dadurch, daß sie den unmittelbaren Einflüssen der Selbstsucht nicht ausgesetzt sind, werden sie um so geeignetere Werkzeuge derselben. Die Virtuosität der römischen Selbstsucht bewährt sich daran, daß sie stets den Gesammtzusammenhang vor Augen hat und nie auf Kosten desselben eine momentane Befriedigung erstrebt.

Machen wir dies durch Beispiele klar. Die kleinliche, kurzsichtige Selbstsucht hat nur den einzelnen Vortheil im Auge, sie verfolgt ihn nöthigenfalls auf Kosten des Rechts, der Ehre, des Vaterlandes, kurz in einer Weise, die, wenn sie allgemein wäre, die zweckwidrigste von der Welt wäre. Der Römer hingegen weiß, daß sein individuelles Wohl durch das des Staats bedingt ist, sein Egoismus umspannt also zugleich den Staat. Er weiß, daß strenge Befolgung und Handhabung der Gesetze dem allgemeinen und folglich auch seinem eignen Interesse entspricht. Er weiß, daß Vortheile, die durch Ehrlosigkeit, Feigheit u. s. w. erkauft werden, bloß scheinbare sind, daß die Selbstsucht nur in Verbindung mit der Ehre, Tapferkeit, Rechtlichkeit u. s. w. dauerhafte Resultate erringen kann. Dies Wissen ist aber zugleich ein Sollen und Wollen, d. h. das nationale Pflichtgefühl gebietet dem Römer eine solche Handlungsweise, und die Energie des Volks bewährt sich daran, daß es diesem Pflichten-Codex der nationalen Selbstsucht blindlings nachlebt. So verfolgt denn der Römer nicht den subjectiven Vortheil auf Kosten des Staats, nicht den momentanen Gewinn auf Kosten des Endziels, nicht die materiellen Güter auf Kosten der immateriellen, sondern er ordnet das relativ Niedrige dem relativ Höhern, das Einzelne dem Allgemeinen unter.[228a]) Und schließlich alles dies doch nur im In-

---

228a) In dieser rein utilitarischen Weise hat Bentham den Tugendbegriff überhaupt erfassen wollen. „Die Tugend ist die Aufopferung eines schwächeren Interesses für ein stärkeres, eines augenblicklichen für ein dauer-

teresse einer weitsichtigen Selbstsucht. Faßt man nun eine einzelne Tugend ins Auge, die Tapferkeit, die Vaterlandsliebe, die Achtung vor dem Gesetz u. a., so ist die Beziehung derselben zur Selbstsucht gar nicht wahrzunehmen, ja sie scheint geradezu eine Entäußerung derselben zu enthalten. Es ist nicht anders als wenn man aus dem Leben eines Individuums einzelne Akte der Selbstüberwindung herausgreifen wollte, die in der That weit entfernt eine Verläugnung egoistischer Gesinnung zu bezeugen gerade eine Bethätigung derselben enthielten — jene Opfer der relativ niedrigen Regungen der Selbstsucht, die um so unerläßlicher sind, je entfernter und großartiger das endliche Ziel ist, das man sich gesteckt hat. Die römische Selbstsucht beschränkt sich darauf den Operationsplan zu dictiren, jeder Kraft die richtige Stellung anzuweisen und ihr die Behauptung derselben zur Pflicht zu machen. Die ausführenden Gewalten nehmen die Vorstellung des großen Ziels, das ihrer harrt, sowie das Bewußtsein, daß ihre Thätigkeit zur Erreichung desselben unerläßlich sei, mit. Dies genügt ihnen, damit ist ihre Selbstsucht abgefunden, und jetzt reflectiren, fragen und zweifeln sie nicht, sondern sie handeln und handeln mit ganzer Hingebung, unermüdlicher Ausdauer, eiserner Kraft.

So läßt sich der römische Charakter mit seinen Tugenden und Fehlern als das System des disciplinirten Egoismus bezeichnen. Der Hauptgrundsatz dieses Systems ist, daß das Untergeordnete dem Höhern, das Individuum dem Staat, der einzelne Fall der abstracten Regel, der Moment dem dauernden Zustand geopfert werden müsse. Diese Anforderung, objectiv in der That nichts als ein Ausfluß der Zweckmäßigkeitsidee, ist durch die nationale Ansicht zur ethischen Nothwendigkeit, Sittlichkeit, Pflicht gestempelt, und die gewaltige moralische Kraft des römischen Volks bewährt sich vor allem an der Bereitwilligkeit, mit

---

haftes, eines ungewissen für ein gewisses." Principien der Gesetzgebung herausgegeben von Dümont (Uebersetzung, Köln 1833. S. 23). Die Definition hätte einem alten Römer Ehre gemacht.

der es sich diesem, wenn ich so sagen darf, conventionellen Pflichtencodex fügt, sich der durch die bloße Nützlichkeitsidee dictirten Nothwendigkeit unbedingt unterwirft. Sich selbst zu bezwingen ist schwerer als Andere. Ein Volk, dem bei der höchsten Freiheitsliebe dennoch die Tugend der Selbstüberwindung zur zweiten Natur geworden, ist zur Herrschaft über andere berufen. Aber der Preis der römischen Größe war freilich ein theurer. Der unersättliche Dämon der römischen Selbstsucht opfert Alles seinem Zweck, das Glück und Blut der eignen Bürger wie die Nationalität fremder Völker. Gemüth und Phantasie schrecken vor seinem eisigen Hauch zurück, die Grazien fliehen seine Nähe; für ihn selbst hat nur Werth, was Zweck oder Mittel zum Zweck ist. Die Welt, die ihm gehört, ist eine entseelte, der schönsten Güter beraubte, eine Welt, nicht von Menschen, sondern von abstracten Maximen und Regeln regiert — eine großartige Maschinerie, bewundernswürdig durch ihre Festigkeit, die Gleichmäßigkeit und Sicherheit, mit der sie arbeitet, durch die Kraft, die sie entwickelt, alles zermalmend, was sich ihr widersetzt, aber eben eine Maschine; ihr Herr war zugleich ihr Sklave.

Die bisherige Darstellung hat uns den Weg gebahnt zu einer Aufgabe, mit der wir uns dem eigentlichen Gegenstand dieser Schrift, dem Recht, wieder nähern. Es ist die Prädestination des römischen Volks zur Cultur des Rechts. Das Recht ist der höchste Punkt der römischen Welt. Wer sie und das römische Wesen kennen lernen will, muß sich auf diesen Punkt versetzen. Nicht bloß die Sinnes- und Denkweise der Römer tritt uns hier im hellsten Licht entgegen, sondern an keinem Punkte offenbart sich zugleich so sehr der Umfang und die Art ihrer gesammten moralischen und intellectuellen Begabung. Wer die Schriftzüge des Rechts zu lesen versteht, dem melden sie mehr von den Römern, als alle Berichte ihrer Historiker zu thun vermögen.

Aus der obigen Entwicklung über das Wesen des römischen Geistes ergibt sich, warum und nach welcher Seite hin derselbe in so hohem Grade zur Cultur des Rechts berufen war. Das Recht

ist die Religion der Selbstsucht,[228b]) am Recht kann und darf die Idee der objectiven Zweckmäßigkeit wenn auch nicht ausschließlich, so doch in einem ausgezeichneten Grade sich bethätigen, und gerade nach dieser Seite hin hat der römische Geist das Recht erfaßt und ausgebildet. Den Römern ist es von alters her gelungen das Recht aus dem Bereich des Gemüths und Gefühls in das des berechnenden Verstandes zu versetzen, aus dem Recht einen von den Einflüssen der momentanen subjectiv-sittlichen Ansicht unabhängigen, äußern Mechanismus zu machen, den Jeder, sei er Römer oder Nichtrömer, sobald er die Construction desselben kennen gelernt hat, handhaben kann. Diese Losreißung des Rechts vom subjectiv-sittlichen Gefühl, seine Veräußerlichung und Objectivirung ist für die Geschichte des Rechts dasselbe, was für die Culturgeschichte die Erfindung der Buchstabenschrift — das Recht ist damit darstellbar und lesbar geworden. Sie bezeichnet den Sieg der Zweckmäßigkeitsidee über das subjective Sittlichkeitsgefühl: erst von jetzt an kann erstere ihre Thätigkeit am Recht ungestört entfalten.

Nicht der einzelne Fall aber ist Object ihrer Thätigkeit, sondern die abstracte Regel. Der einzelne Fall wird der allgemeinen Regel untergeordnet, geopfert; es ist dieselbe Hingabe des relativ Niedrigen an das Höhere, die wir oben (S. 325) als charakteristischen Zug der römischen Zweckmäßigkeitstheorie haben kennen lernen. Diese Unterordnung ist ein Postulat der Zweckmäßigkeit, sie gewährt dem Verkehr erst die nöthige Sicherheit, indem sie ihm gleichmäßige, im voraus zu berechnende Entscheidungen der Rechtsstreitigkeiten in Aussicht stellt. Die praktische Verwirklichung dieser Unterordnung aber ist in der That nicht so leicht, wie sie scheint: nur zu oft setzt das subjective Rechtsge-

---

228b) Dieser Ausspruch ist von Röder Grundzüge des Naturrechts B. 1 S. 61 Aufl. 2 fälschlich so verstanden, als hätte ich damit das Wesen des Rechts an sich wiedergeben wollen, während ich doch angeben will, wie die Selbstsucht dasselbe erfaßt.

fühl ihr Widerspruch entgegen, und es gehört Charakterfestigkeit oder die Sicherheit einer habituellen juristischen Anschauungsweise dazu, um diesem Widerspruch jeden Einfluß auf sich zu versagen, die abstracte Regel der Regel wegen anzuwenden. Diese rücksichtslose Unterordnung des einzelnen Falls unter die abstracte Regel, ich möchte sie die Tyrannei der juristischen Disciplin nennen, war den Römern von früh auf eben so geläufig und verständlich als die unerbittliche Handhabung einer eisernen militärischen Disciplin im Felde. Wir werden sehen, daß das römische Recht jener Eigenschaft nicht weniger seine Größe verdankt als der römische Staat die seinige dieser letzten.

Nicht das sittliche Gefühl, nicht die Gerechtigkeit erfordert diese eiserne Disciplin — ich kann es nicht genug hervorheben, sondern bloß die Zweckmäßigkeit. Die wahre Gerechtigkeit begehrt etwas mehr als jene mechanische Gleichheit, die das Resultat einer solchen Tyrannei der todten Regel ist; die ächte, innere Gleichheit, die ihr entspricht, ist auf diesem Wege nicht zu gewinnen. Das unbefangene sittliche Gefühl sträubt sich dagegen, daß eine Rechtsfrage wie ein Rechenexempel gelös't, das Recht zu einer Maschine erniedrigt werden soll. Ich müßte die Charakteristik des zweiten Systems hier anticipiren, um nachzuweisen, wie sehr die oben entwickelte Richtung des römischen Geistes auf praktische Zwecke vortheilhaft auf die technische Ausbildung des Rechts eingewirkt hat. Daß im System des disciplinirten Egoismus das Recht eine Hauptstelle einnimmt, daß also die Römer ihr Hauptaugenmerk auf das Recht richten, sich zur Cultur der praktischen Seite des Rechts vorzugsweise berufen fühlen mußten — das, glaube ich, bedarf wohl keines langen Beweises.

Wie sehr die Römer sich zum Recht hingezogen fühlten, welche hervorragende Stelle dasselbe in der römischen Ansicht einnahm, ist zur Genüge bekannt. Was dem Volke Gottes die Religion, dem griechischen die Kunst, das war den Römern Recht und Staat, der Gegenstand des Nationalstolzes allen fremden Völkern gegenüber, der Punkt, an dem sie sich ihrer Ueberlegenheit am

meisten bewußt waren, der Magnet des Ehrgeizes und der Kraft. Wenn das Volk Gottes seine Propheten, und Griechenland seine Philosophen, Künstler und Dichter am höchsten verehrte, so traf diese Verehrung in Rom die Bürger, die sich um den Staat verdient gemacht oder das Recht sei es durch ihre Handlungsweise, wie Brutus und Regulus, verherrlicht oder durch ihren Scharfsinn gefördert hatten. Wie hoch ein Volk einen Beruf, eine Kunst, Wissenschaft u. s. w. stellt, dafür bietet die Achtung, die es den Individuen, welche sich dem fraglichen Beruf widmen, erweist, den natürlichsten Maßstab dar. Rom trieb die Künstler aus der Stadt, die Personen geistlichen Standes bildeten als solche nirgends weniger einen Gegenstand der Verehrung als in Rom,[229]) die Juristen dagegen haben nirgends eine größere Popularität, einen höhern Einfluß und höhere Achtung genossen. Die Macht, die das Recht über die Römer ausübte, beschränkte sich nicht auf den Verstand, beruhte nicht bloß darin, daß sie sich im Recht in ihrem Elemente fühlten, sich hier ihrer Virtuosität bewußt waren; ihr Stolz war nicht bloß intellectueller, sondern moralischer Art. Wohl mochten sie in ersterer Beziehung sich rühmen, daß kein Volk so weise Gesetze, so erprobte Einrichtungen besitze, kein Volk es in der Erkenntniß des Rechts so weit gebracht wie sie; höher aber stand ihnen doch der Ruhm, daß nirgends das Recht die Herrschaft ausübe, nirgends die Gebote desselben so befolgt würden, als zu Rom.[229a]) Diese moralische Achtung vor dem Recht, die bereitwillige Unterordnung des Römers unter die Satzungen des Rechts, die Gerechtigkeitsliebe des Volks, der Abscheu desselben vor Rechtsverletzungen, das Gefühl der Sicherheit, das in Rom das Recht verlieh, das Vertrauen auf den Sieg desselben — das

229) S. den folgenden Paragraphen.

229a) S. die Aussprüche bei Cicero de orat. I, 44; de off. II, 20 i. f. fundamentum ... justitia, sine qua nihil potest esse laudabile; de nat. deor. I, 2 una excellentissima virtus justitia. Val. Max. VI, 6 justitiae praecipuum et certissimum exemplum inter omnes gentes nostra civitas.

eben ist es, was den Römer am meisten mit Stolz erfüllen konnte. Glänzende Beweise einer solchen Gesinnung stellte die öffentliche Meinung ebenso hoch, wie es grobe Verstöße gegen dieselbe brandmarkte. Eine Rechtsverletzung führte den Sturz des Königthums und des Decemvirats herbei, und den Anfang der neuen Zeit, die Einführung der Republik, bezeichnete ein Triumph der Gerechtigkeit über die elterliche Liebe, die Hinrichtung der Söhne des Brutus durch den eignen Vater — ein Seitenstück zu dem Strafgericht, das Romulus am Bruder vollzogen hatte (Note 190[a]). Diese moralische Macht des Rechts über die Gemüther, diese Unfähigkeit des Römers ohne das Recht zu existiren verläugnete sich auch im Verkehr mit fremden Völkern nicht. Mit welcher Spitzfindigkeit der römische Staat mitunter auch den Buchstaben des Rechts gegenüber fremden Völkern zu handhaben und die Politik in den Mantel des Rechts zu hüllen verstand: ihre Politik erkannte sich gebunden durch die Principien des Rechts und wagte ihnen nicht offenbar Hohn zu sprechen. Dieselben völkerrechtlichen Grundsätze, die Rom gegen andere Völker geltend machte, erkannte es auch in ihrem ganzen Umfang gegen sich selbst an. Einem solchen Volke war es daher auch Bedürfniß und blieb es vorbehalten den privatrechtlichen Verkehr mit Auswärtigen zuerst juristisch zu organisiren (jus gentium).

Haben wir im bisherigen die vorwiegende Richtung des römischen Geistes auf das Recht als eine nothwendige zu zeigen versucht, so reiht sich daran die Frage, welche Mittel standen demselben zu Gebote, um seine Aufgabe am Recht zu erfüllen, welchen Umständen, welchen Eigenschaften des römischen Volks u. s. w. haben wir es zuzuschreiben, daß jene Aufgabe in einem so hohen Grade gelang. In der Regel beantwortet man diese Frage mit einer Verweisung auf die intellectuelle Begabung der Römer, ihren scharfen, zersetzenden Verstand, ihren praktischen Takt u. s. w. und der Einfluß dieses Moments ist allerdings so in die Augen springend, daß ich darüber kein Wort verlieren mag. Aber was man nur zu oft vergißt, und was doch meiner Ansicht nach für

das ältere Recht viel wesentlicher ist, das ist die moralische Kraft, die Willensenergie des römischen Volks.

Das Recht ist nicht Ueberzeugung, Ansicht, Wissen u. s. w. kurz keine intellectuelle Potenz, sondern eine moralische, es ist Wille. Nur der Wille vermag dem Recht das zu geben, worin das Wesen desselben beruht — die Wirklichkeit, nur er hat eine real gestaltende, schöpferische Kraft. Ein Volk möge intellectuell noch so begabt sein; fehlt ihm die moralische Kraft, die Energie und Beharrlichkeit des Willens, so wird das Recht nie bei ihm gedeihen. Seine Gesetze sind nichts anders als die guten Vorsätze eines charakterlosen Menschen, Eingebungen des Augenblicks, welche die Wirklichkeit Lügen straft und der folgende Augenblick verdrängt. Nur die Rechtssätze und rechtlichen Institutionen, die aus der Wirklichkeit des Lebens hervorgehn, haben Bestand und einen um so festeren, dauerhafteren, als sie durch die moralische Kraft des Volks getragen werden. Ihre Festigkeit und Dauerhaftigkeit ist sogar die Voraussetzung ihrer technisch-juristischen Vollendung. Wie kann das geistige Auge des Verstandes das Recht erforschen, wenn der Wille nicht vermögend ist das Object der Beobachtung mit fester Hand zu halten? Wie trostlos unter einer solchen Voraussetzung der Beruf sich geistig in das Object zu versenken, der unstäten, wankelmüthigen Wirklichkeit eine Theorie abzugewinnen! Wie unsicher die Aussicht die entdeckten Wahrheiten in Wirklichkeit umzusetzen, wie werthlos der Besitz einer Lehre, die nur auf dem Papiere steht! Die bessern geistigen Kräfte der Nation wenden sich mit Unmuth von dieser Beschäftigung ab; die philosophische Ergründung des Rechts mag sie immerhin anziehen — die juristisch-praktische Bearbeitung und technische Vervollkommnung des eignen positiven Rechts wird es nicht thun. Darum kann eine Jurisprudenz nur bei einem willensstarken Volk gedeihen; ohne Liebe, ohne Hingabe an ihre Aufgabe nämlich ist sie ein kümmerliches Ding, diese Liebe aber ist nicht möglich, wenn das Recht keinen innern Halt in sich hat.

Und wo das Volk oder die Zeit ihn nicht besitzt, wie sollte das Recht dazu kommen?

Kein Recht ist geeigneter uns diese Bedeutung des Willensmoments und die Wechselwirkung zwischen moralischer und intellectueller Kraft zu veranschaulichen als das ältere römische; einer Zeit wie der unsrigen kann es als Spiegel dienen, worin sie erkennt, was ihr fehlt. Was jene beiden Kräfte aus dem ältern römischen Recht gemacht haben, wie sie unmittelbar in den Instituten desselben sich bethätigen, das wird das folgende System lehren, hier genügt es an einigen allgemeinen Tendenzen und Eigenschaften des römischen Charakters sowohl die gewaltige Kraft, die dem römischen Volk innewohnte, als die Relevanz moralischer Eigenschaften für die technische Ausbildung des Rechts zu veranschaulichen.

Ich hebe zuerst zwei Eigenschaften hervor, die sich beide, nur nach verschiedenen Seiten hin, als Ausflüsse eines festen, energischen Willens bezeichnen lassen, die Consequenz und die conservative Tendenz des römischen Charakters. Etwas wirklich wollen, heißt es ganz und dauernd wollen; Consequenz und Ausdauer sind die Kennzeichen und unzertrennlichen Begleiter des ächten Willens.

Der Verstand mag die Consequenzen ziehen, aber der Wille ist es, der sie verwirklicht. Wenn das römische Recht sich mehr als irgend ein anderes durch seine Logik auszeichnet, so gebührt das Verdienst nicht so sehr dem Verstande, der sie erkannte, als dem Willen, der sich praktisch ihr unterordnete und ihr erst dadurch reale Existenz verschaffte. Diese praktische Realität jener Logik, die bereitwillige Unterordnung des römischen Volks unter die rücksichtsloseste Tyrannei der Consequenz ist viel bewundernswürdiger als die höchste Anspannung der Denkkraft. Wenn andere Völker für ihre religiösen Ueberzeugungen gelitten haben, so hat das römische Volk es für seine rechtlichen. Daß die römische Rechtswissenschaft ein einfaches, consequentes Recht vorfand, das war das moralische Verdienst des frühern römischen Volks,

das trotz seines Freiheitsgefühls sich das Joch einer eisernen Consequenz Jahrhunderte lang hatte gefallen lassen. Daß es ein Joch war, und worin das Drückende desselben bestand, wird das folgende System zeigen.

Die Wechselwirkung zwischen Verstand und Wille tritt hier noch an einem Punkte schlagend hervor; es ist dies jene dem Kenner des römischen Rechts wohlbekannte Weise der Römer die Consequenz mit dem praktischen Bedürfniß durch Kunstgriffe, auf Umwegen u. s. w. zu vermitteln. Der moralische Widerwille der Römer gegen eine Uebertretung oder Nichtachtung der einmal anerkannten Principien drückt und preßt, möchte ich sagen, den Verstand seinen ganzen Scharfsinn aufzubieten, um Mittel und Wege zu finden, durch die jene Vermittlung der Consequenz mit dem praktischen Bedürfniß sich erreichen läßt. Die Noth macht erfinderisch. Mögen die Erfindungen der Römer mitunter immerhin den Vorwurf einer hohlen Sophistik, einer bloßen Scheinconsequenz und wohl gar der Absurdität verdienen: unläugbar ist es, daß dieser Conflict zwischen der Consequenz und dem praktischen Bedürfniß die juristische Erfindungsgabe der Römer zum größten Vortheil der technischen Vollendung des Rechts in Bewegung gesetzt und ausgebildet hat. Ein Volk von noch so hoher intellectueller, aber geringer moralischer Kraft wird diesen moralischen Nothstand und damit auch den vortheilhaften Einfluß desselben auf die juristische Ausbildung seines Rechts nie kennen lernen; wo die Consequenzen seines Rechts zu praktischen Unzuträglichkeiten führen, setzt es sich einfach über dieselben hinweg.

Die eben gemachte Bemerkung gilt auch von der conservativen Tendenz der Römer, der wir uns jetzt zuwenden. Auch sie war ein mächtiger Hebel für den römischen Scharfsinn; die Anhänglichkeit an das althergebrachte Recht rief, wo sie sich durch unabweisbare Anforderungen des stets in der Fortbildung begriffenen Lebens gefährdet sah, die juristische Kunst zu Hülfe oder sagen wir, trieb sie hervor. Die Bedürfnisse der Gegenwart

mit den Traditionen der Vergangenheit zu vermitteln, ersteren gerecht zu werden, ohne nach Form und Inhalt mit den Ueberlieferungen der Vorzeit zu brechen, den Verkehr zu discipliniren, die rechtsbildende Kraft in die rechten Bahnen zu leiten, das war Jahrhunderte lang in Rom der edle ächt vaterländische Beruf der juristischen Kunst. In demselben Maße, in dem die Schwierigkeit dieser Aufgabe stieg, stieg sie selbst.

Des Zusammenhanges wegen haben wir hier zuerst des Einflusses gedacht, den die conservative Tendenz ähnlich wie die Consequenz auf die Entwicklung der juristischen Kunst ausgeübt hat. Indem wir die genauere Betrachtung dieses Einflusses der Stelle vorbehalten, wo derselbe uns in der Geschichte des Rechts begegnet, beschränken wir uns auf den eben hervorgehobenen Gesichtspunkt und eine Verweisung auf die obige Bemerkung daß eine gewisse Stetigkeit des Rechts für die intellectuelle Entwicklung desselben unentbehrlich ist.

Diese Stetigkeit tritt bekanntlich in der Geschichte des römischen Rechts im höchsten Grade hervor, und daß sie bei den Römern nicht wie im Orient in einer negativen Eigenschaft: der mangelnden Bildungsfähigkeit ihren Grund hatte, sondern in Charakterfestigkeit und Beharrlichkeit, braucht kaum gesagt zu werden. Es gibt einen Conservatismus der Angst, der nicht den Muth hat einer neuen Zeit ins Angesicht zu blicken und durch seine Kurzsichtigkeit seinen eignen Bestrebungen mehr hinderlich als förderlich wird; mit diesem hat der römische keine Gemeinschaft. Die Römer haben sich nie gescheut einer neuen Zeit gerecht zu werden, alte Einrichtungen, die sich überlebt hatten, fallen zu lassen, neue einzuführen, und der flüchtigste Blick auf das römische Recht genügt um sich zu überzeugen, daß im Innern desselben Revolutionen vor sich gegangen sind, die nirgends ihres gleichen finden. Aber diese Revolutionen waren freilich wie die, welche die Natur durchgemacht hat, nicht das Werk einer wilden Kraft, die in kurzer Zeit sich erschöpft und nur stoßweise wirkt. Sie vollziehen sich höchst allmählig und unmerklich, die neuen

Ideen und Tendenzen treten anfänglich schüchtern und fast nur versuchsweise auf, das Bestehende setzt ihnen einen gewaltigen Widerstand entgegen, und ihr endlicher Sieg beruht nie auf einer Ueberrumpelung oder einer Uebereilung, sondern auf dem hinlänglich erprobten Uebergewicht ihrer Kraft.[231]) Dem Neuen muß der Zutritt schwer gemacht werden, dasselbe muß sich seine Aufnahme erst mühsam und allmählig erkämpfen; wo dies nicht der Fall, hat es auch keine Aussicht auf Dauer; leicht gewonnen, wird es auch leicht wieder aufgegeben. Ein Volk, das wie das römische und das englische fest am Alten hängt und dem Neuen nur weicht, wenn der Widerstand unmöglich geworden, hält dieses Neue andererseits auch um so fester. Denn dieselbe Kraft, die der Neuerung den Zutritt erschwert, wendet sich ihr zu, sobald sie denselben erzwungen hat.

Eine Kraft aber ist es und nicht die bloße vis inertiae, in der die conservative Tendenz des römischen Volks ihren Grund hat; es ist die Kraft, mit der ein fester Charakter die Grundsätze aufrecht hält, die er sich einmal gebildet hat, die Gleichmäßigkeit und Ausdauer, die bei Individuen wie Völkern das Kennzeichen der Energie sind.

Die moralische Kraft, die dem römischen Geiste innewohnte, erprobt sich aufs glänzendste an den Gegensätzen, die im Verlauf der Geschichte in Rom auftreten, ich meine sowohl Gegensätze in der Bevölkerung, wie die der ursprünglichen drei Tribus und der Patricier und Plebejer, als Gegensätze im Recht, wie vor allem den Dualismus des jus civile und des jus gentium. Das Maß der moralischen Kraft, die einem Volk beschieden, erkennt man vielleicht am besten an seinem Verhalten gegenüber derartigen

---

231) Diese Langsamkeit der Entwicklung geben die Römer selbst als Grund der Vorzüglichkeit ihrer Verfassung an. S. z. B. Cicero de republ. II. c. 1 ... ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus ... quod nostra respublica non unius esset ingenio, sed multorum, nec unius hominis vita, sed aliquot constituta saecu-

Gegensätzen, so wie ja auch für das Individuum die Widersprüche der menschlichen Natur der Prüfstein des Charakters sind. Ein schwacher Charakter ist bei beiden der Spielball dieser Gegensätze; die Einheit im Wesen, der feste Punkt fehlt, und der Prozeß endet mit einer moralischen Auflösung. Es bewährt bereits eine gewisse Kraft, aber doch andererseits eine Schwäche und einen Mangel an Selbstvertrauen, wenn man dem Gegensatz zu entrinnen oder ihn gewaltsam zu unterdrücken sucht. Es ist das Vorrecht der wahren Kraft die Gegensätze sich frei entwickeln und bekämpfen zu lassen, ohne die innere Einheit dadurch einzubüßen, sie zurückzuführen auf ihre relative Berechtigung und als die verschiedenen Seiten erscheinen zu lassen, in denen sich die Einheit in vollendeter Weise darstellt.

Die römische Welt liefert uns den Beweis, bis zu welchem Grade die wahre Kraft die Gegensätze zu ertragen, und wie sie sich derselben zu ihrer eignen Stärkung zu bedienen vermag. Um der ethnischen Verschiedenheit der ursprünglichen Bevölkerung nicht zu gedenken, so erinnere ich vor allem an den Gegensatz der Patricier und Plebejer. Wie gewaltig war hier der Stoß und der Gegenstoß, von welcher Dauer der Kampf! Und doch: hat derselbe je den römischen Staat geschwächt, die Einheit des Staats und Volks, das gemeinsame Nationalbewußtsein gefährdet? Hat nicht gerade umgekehrt die Vertheilung der progressiven und conservativen Kräfte und Bestrebungen auf zwei verschiedene Bestandtheile des Volks für die politische Entwicklung unendlich vortheilhaft gewirkt?

Um ein anderes Beispiel zu wählen, so gedenke ich des Gegensatzes zwischen dem individuellen Freiheitstriebe und dem Princip staatlicher Unterordnung. Wo sind beide je kräftiger entwickelt gewesen als in Rom? Das höchste Maß der privatrechtlichen und politischen Freiheit auf der einen, die freigebigste Dotirung und die Popularität des Beamtenthums, der bereitwilligste Gehorsam auf der andern Seite.

Das römische Volk unter der äußersten Strenge des Kriegsgesetzes, sowohl im Felde wenn ein Dictator ernannt war, als auch daheim; der freie Römer wegen seines Privatlebens vor den Censor geladen; die Volksversammlungen in Abhängigkeit von dem Beamten. Und andererseits dagegen die Souveränität und der Stolz und die Eifersucht des Volks auf seine Freiheit, die unumschränkte privatrechtliche Autonomie des Individuums. Das Gleichgewicht zwischen Freiheit und Gehorsam ist der beste Prüfstein der moralischen Kraft eines Volkes.

Ich führte oben auch den Gegensatz zwischen dem jus civile und jus gentium an; es ist der zwischen Nationalität und Universalität des Rechts. Den anderen Völkern ist dies letzte Moment durch die Reception des römischen Rechts von außen und auf Kosten des Moments der Nationalität aufgezwungen. In Rom entwickelt sich dieser Gegensatz auf natürlichem Wege von innen heraus, und beiden Momenten wird die freiste, vollste Entfaltung zu Theil, ohne daß das Gleichgewicht des Rechts dadurch gestört, die Einheit desselben gefährdet worden wäre.

Wer den von uns aufgestellten Gesichtspunkt an der Verfassung Roms zur Zeit der Republik erproben will, dem bietet sie mit ihren vielen latenten Widersprüchen reichen Stoff. Die Gewalten, die wir hier finden, die verschiedenen Volksversammlungen, der Senat, das Beamtenthum, schlossen die rechtliche Möglichkeit der Unverträglichkeit und Gegensätzlichkeit im hohen Grade in sich; das Tribunat war ja sogar die erklärte Negation, der autorisirte Widerspruch. Einer Zeit wie der unsrigen, die in ihren Verfassungen die Kreise der verschiedenen Staatsgewalten aufs genaueste abgezirkelt und dennoch das tägliche Schauspiel der Entzweiung derselben vor Augen hat, muß es als ein Wunder erscheinen, daß die römische Verfassung bei allem Stoff des Widerspruchs, der in ihr lag, in der Blüthezeit des Staats das gerade entgegengesetzte Schauspiel darbietet. Das Wunder ist aber nichts als die einfache Wirkung der moralischen Kraft, über welche das römische Volk gebot. Mit fester Hand weiß der nationale

Wille die Gewalten zu zügeln und zum harmonischen Zusammenwirken zu zwingen. Diese Kraft ist das Geheimniß der Einheit; sie darf es wagen die Gegensätze zu entfesseln, weil sie einen feindseligen Kampf derselben nicht zu befürchten hat.

Ich darf hieran eine Bemerkung reihen, mit der ich die bisherige Betrachtung beschließe; sie betrifft die centralisirende Tendenz des römischen Geistes. Für die Rechts- und Staatsentwicklung ist der Umstand, daß sie auf die Stadt Rom beschränkt war, daß Rom trotz der Ausdehnung des Reichs doch der lebendige Mittelpunkt des Ganzen, der Sitz der Intelligenz, des politischen Lebens, Handels u. s. w. blieb, von allergrößtem Einfluß gewesen. Diese Thatsache kann ich aber nicht als eine glückliche Fügung des Schicksals, als einen äußern Zufall gelten lassen, sondern ich erblicke in ihr ebensowohl einen Ausfluß römischer Eigenthümlichkeit, wie man die entgegengesetzte Erscheinung, die uns Deutschland darbietet, die Zersplitterung desselben, den Mangel an einem politischen oder geistigen Centralpunkt, auf eine entgegengesetzte Eigenschaft des deutschen Charakters zurückführen darf. Die dauernde Concentrirung des römischen Lebens auf die Stadt Rom ist ein Verdienst des römischen Geistes, eine Bethätigung des Centralisationstriebes, der den Römern überhaupt eigenthümlich ist.

Ich habe durch die bisherigen allgemeinen Betrachtungen die Geduld des Lesers vielleicht schon zu sehr auf die Probe gestellt, als daß ich sie noch weiter fortsetzen möchte. Ich hätte sie mir völlig ersparen können, wenn es nicht galt dem verbreiteten Vorurtheil entgegen zu treten, als ob das Recht vorzugsweise vom Verstande sein Heil zu erwarten habe. Wäre dies Vorurtheil begründet, so wäre es unerklärlich, wie die Römer die Griechen, denen sie in geistiger Beziehung tief untergeordnet waren, dennoch auf dem Gebiete des Rechts so sehr übertreffen konnten. Zu zeigen, worin das Uebergewicht der Römer lag, wie nämlich erstens die ganze Richtung des römischen Geistes sie vorzugsweise dem Recht zuführen mußte, und wie zweitens die moralische

Kraft der Römer dem Verstande bei seiner Arbeit am Recht wesentlich behülflich war und diese Arbeit erst wahrhaft fruchtbringend machte — das war die Aufgabe, auf die es hier ankam.

2. Verhalten des römischen Geistes zu den gegebenen Ausgangspunkten.

XXI. Die Ausgangspunkte des römischen Rechts, die wir früher haben kennen lernen, geben uns die erste Gelegenheit die so eben charakterisirte Eigenthümlichkeit des römischen Geistes daran zu erproben. Jene Ausgangspunkte als solche enthalten an sich noch nichts Eigenthümliches; die ihnen zu Grunde liegenden Principien werden sich in den Rechten der meisten Völker nachweisen lassen. Was das römische anbetrifft, so reichen sie, wie früher bereits bemerkt, weit über Rom hinaus, und es mag sich noch manches Einzelne, das wir oben bei Gelegenheit derselben haben kennen lernen, aus der frühern Gemeinschaft aller indogermanischen Völker herschreiben.

Wie sehr aber immerhin die Anfänge des Rechts bei den meisten Völkern sich gleichen mögen, die allmählige Entwicklung der Volksindividualität, die Verschiedenheit der Schicksale und äußeren Verhältnisse wirkt bald gestaltend auf das Recht zurück. Bei manchen Völkern dauern jene Ausgangsprincipien noch lange fort, aber ihr inneres Verhältniß zu einander wird ein anderes, bald überwiegt das eine Princip, bald das andere. Manches Volk streift umgekehrt früh die Formen seiner Kindheit ab und nimmt vollendetere an; kurz die fernern Wege gehen weit auseinander.

Wir wollen jetzt untersuchen, welche Schicksale jene Ausgangsprincipien in Rom gefunden haben, und wir wenden uns zuerst dem religiösen zu, weil dies meiner Ansicht nach am frühsten seine ursprüngliche Bedeutung verliert und am ersten eine abgesonderte Darstellung verträgt.

Heftet man seinen Blick bloß auf die äußere Erscheinung, so sollte man glauben, daß das religiöse Princip noch lange in Rom

in vollster Kraft bestanden habe. Wohin man sieht, im öffentlichen wie im Privatleben, drängt sich noch bis gegen das Ende der Republik die Religion in den Vordergrund; kein wichtiger Akt hier wie dort, dem sie nicht assistirt. Und trotzdem muß ich entschieden in Abrede stellen, daß die Religion in Rom zur Zeit der Republik auf Recht und Staat einen bestimmenden Einfluß ausgeübt hat.[232]) Nicht darauf kommt es an, ob sie äußerlich überall hervortritt, an Allem Antheil nimmt, ob ihre Formen beobachtet, ihre Gebote befolgt werden — dies Alles war der Fall und doch trägt es nichts aus. Das Wesentliche ist, daß der römische Geist die Religion in das Verhältniß eines Mittels zum Zweck herabdrückte, daß sie im römischen Staat nicht Herrin, sondern Dienerin war. Ich wiederhole die bereits im vorigen Paragraphen eingelegte Verwahrung, daß meine Meinung nicht dahin geht, als ob die Römer in bewußter Schlechtigkeit mit dem Heiligsten ihr Spiel getrieben hätten,[233]) sondern daß es eine im Wesen des römischen Charakters liegende Nothwendigkeit war unbewußt und instinctartig alle Dinge seinen Zwecken unterzuordnen, ihnen diejenige Seite abzugewinnen, nach der hin sie für diese Zwecke die größte Brauchbarkeit besaßen. Dies praktische Verhältniß der Religion

---

232) Wenn ich, ohne eigne Studien über die römische Religion haben anstellen zu können, und in dieser Beziehung also von meinen Gewährsmännern abhängig, dennoch in meinem Urtheil mich von ihnen emancipirt habe, so wird man darin keine Anmaßung erblicken. Der Romanist, der den römischen Charakter gerade von seiner eigenthümlichsten Seite am meisten kennen lernt, steht, wie ich glaube, auf einem Standpunkt, von dem aus sich manches in der Religion am besten begreifen läßt. Möge ich im Folgenden die Farben auch etwas zu stark aufgetragen haben, gegenüber einer Richtung, die den Einfluß des religiösen Moments auf die römische Welt meines Erachtens entschieden übertreibt, kann selbst ein Outriren nach der andern Seite hin heilsam sein.

233) So faßte man früher wohl die Sache auf, und Polybius VI, 56 ging mit einem schlechten Beispiel voran. Er betrachtet die römische Religion bloß als ein Mittel, bestimmt, die große Menge durch Furcht vor den Göttern in Zaum zu halten, von dem herrschenden Stande mit dieser bewußten Intention ausgebildet und in Anwendung gebracht.

zum römischen Staat und Leben will ich jetzt nachzuweisen versuchen.

Unsere Untersuchung wendet sich natürlicherweise vorzüglich der Seite der römischen Religion und Kirchenverfassung zu, die zu Staat und Recht eine praktische Beziehung hatte. Die ausschließlich religiöse Seite derselben hat für uns nur ein negatives Interesse, insofern sie uns nämlich zeigt, wie weit sie hinter der ersten zurückstand. Die Priesterthümer, die dieser Seite angehörten,[234]) waren als politisch einflußlos wenig gesucht und darum von den Plebejern bei ihren Kämpfen um die geistlichen Stellen gar nicht begehrt.[235]) Bei der Aeußerlichkeit der ganzen römischen Religiösität läßt sich an einen sittlichen Einfluß der Priester auf das Volk, wie er anderwärts so oft vorkommt, gar nicht denken. Bei einem wirklich religiösen Volke beschränkt die Religion sich nicht auf sich selbst, auf ihre Dogmen und Formen, sondern sie durchdringt und erfaßt das ganze sittliche Leben der Nation. Der Beruf der Priester ist dem entsprechend von derselben Ausdehnung, sie sind die moralischen Bildner des Volks und haben als solche den größten Einfluß auf dasselbe. Ganz anders bei den Römern. Die Priester sind hier bloß Diener der Götter, und ihre Aufgabe beschränkt sich auf die Verrichtung oder Ueberwachung des äußern Dienstes, das religiöse Dogma tritt dem gegenüber in den Hintergrund, ja kommt in den letzten Jahrhunderten der Republik fast ganz in Vergessenheit, so daß jener Dienst vielfach nichts als eine mechanische Vornahme unverstandener und dadurch bedeutungslos gewordner Formen ward und nur dem conservativen Sinn der Römer sein fortgesetztes kümmerliches Dasein dankte. Bei einer solchen Beschränkung auf das

---

234) Die Pontifices, Augurn, Fetialen und X viri, später XV viri sacris faciundis, welche die sibyllinischen Bücher unter Aufsicht hatten, hatten eine ganz andere Stellung, und sind hier nicht gemeint, sondern nur die eigentlichen Geistlichen: die flamines, der rex sacrificulus, die Vestalinnen u. s. w.

235) Es kam vor, daß ausschweifende junge Leute zur Strafe vom Pont. max. zu flamines bestimmt wurden (capti). Liv. XXVII, 8.

rein Ceremonielle konnten diese Priester keinen Einfluß aufs Leben gewinnen, und was keinen Einfluß hatte, war in Rom auch wenig geachtet.[236]) Einen sehr charakteristischen Gegensatz zu ihnen bildet die sittenrichterliche Gewalt des Censors; die von der Religion versäumte Moral flüchtet sich zum Staat, und der weltliche Beamte übernimmt das Amt des moralischen Lehr- und Zuchtmeisters.

Wenden wir uns jetzt einer andern Seite der Religion zu, die ihre praktischen Beziehungen zum Staat umfaßt. Wir sahen bei Gelegenheit des religiösen Princips (§. 18), daß die Staatsverfassung durch und durch mit religiösen Elementen versetzt war, und daß auch das Privat- und Strafrecht mannigfaltige Einwirkungen jenes Princips aufzuweisen hatten. Die Anschauung, aus der diese Einwirkungen hervorgegangen waren, war eine tief religiöse gewesen; letztere verweisen uns auf das innige Verhältniß, in dem das Volk sich die Götter zu sich und seinem ganzen Sein dachte, auf den Antheil, den die Götter jener Ansicht zufolge an dem Staat und dem menschlichen Treiben nehmen, auf das innere Bedürfniß des Volks für seine Einrichtungen eine höhere Weihe zu suchen und seine Handlungen ganz dem Willen der Götter anzupassen. Aber wie so oft überdauerte auch hier die äußere Einrichtung lange den Geist, aus dem sie hervorgegangen; jene blieb, dieser wurde ein anderer.

Schon die römische Königszeit ist nicht mehr von jener Gesinnung beseelt, aus der die religiösen Einrichtungen hervorgegangen sind,[237]) der Anfang der Republik und die ersten Jahr-

236) Siehe z. B. Liv. XXVII, 8. Die flamines Diales hatten das Recht im Senat zu erscheinen, wagten aber nicht es auszuüben ... rem intermissam per multos annos ob indignitatem priorum flaminum, und als C. Flaccus es zum ersten Mal wieder in Anspruch zu nehmen wagte und seinen Anspruch durchsetzte, war, wie Livius sagt, nur eine Stimme darüber: magis sanctitate vitae, quam sacerdotii jure rem eam flaminem oblinuisse.

237) Ich freue mich für diese Ansicht eine Autorität wie die von Ambrosch in seinen öfter citirten Studien u. s. w. S. 57 anführen zu können:

hunderte derselben bezeichnen aber eine entschiedene Hintansetzung der religiösen Traditionen,[238]) motivirt freilich durch dringende Umstände, aber undenkbar, wenn der religiöse Geist noch der alte gewesen wäre. Diese zwingenden Umstände waren die Ueberhebung des Königthums und die wachsende Macht und Opposition der Plebejer, jene führte zur Aufhebung des Königthums, einer schreienden Verletzung der inaugurirten Verfassung, die durch die Scheinfortdauer des Königthums im rex sacrificulus wenig verdeckt ward, und als Präcedenzfall, auf den die Plebejer stets verwiesen konnten,[239]) besonders gefährlich — diese zu so manchen Concessionen, die eben so viele Verstöße gegen das Fas waren. Ein von wahrhaft religiöser Gesinnung beseeltes Volk hätte eher die Plebejer aus der Stadt ziehen lassen oder bis zum letzten

---

„So viel ist gewiß, daß jener Zustand der Ruhe und Einförmigkeit, in welchem allein jenes an tausend Observanzen geknüpfte Priesterthum und Religionssystem entstehen konnte, schon in der Königszeit Aenderungen erlitt. Die Sage hat diesen Uebergang von Religion und Frieden zu Irreligiösität und Unfrieden, diese Verwandlung eines geistlichen Königthums in ein weltliches, nicht anzudeuten vergessen. Der Eroberer Tullus ist der alten Satzungen der Religion unkundig, vernachlässigt sie, erscheint als Feind der Götter. Sein Nachfolger, mit welchem unverkennbar ein höheres politisches Leben seinen Anfang nimmt, macht sich und das Königthum freier von den Obliegenheiten der Religion, indem er einen nicht geringen Theil seiner geistlichen Functionen berechtigten Stellvertretern übergibt. Noch mehr überwiegt unter den folgenden Regierungen die politische Richtung ..... Der letzte König Roms steht als ein Verächter einheimischer Religionsweisen, als Anhänger ausländischer Culten da." Der Plan des ältern Tarquinius, die alte inaugurirte Verfassung durch Einrichtung von drei neuen Tribus eigenmächtig umzugestalten, ist für den Geist jener Zeit gleichfalls sehr charakteristisch.

238) Ambrosch a. a. O. S. 64 Anm. 111 setzt den Anfang des Verfalls der pontificischen Theologie sowie der Auguraldisciplin in die Zeit nach dem zweiten punischen Kriege. S. auch S. 66. Was mußte vorhergegangen sein, ehe ein solcher Verfall der Lehre möglich war! Daß sich bereits vor dem ersten punischen Krieg Spuren der sinkenden Achtung vor der Religion nachweisen lassen, hat er selbst bemerkt. S. 65 Anm. 116.

239) Wie dies auch geschah. Liv. IV c. 6

Blutstropfen Widerstand geleistet, als daß es ihnen z. B. das connubium[240]) eingeräumt oder, wenn einmal eingeräumt, Ehen mit ihnen eingegangen, sie zum Consulat zugelassen hätte, und ebenso hätte es, anstatt das Königthum aufzuheben, für den vertriebenen Tarquinius einen andern gewählt.

Man thut daher den Patriciern schwerlich Unrecht, wenn man annimmt, daß die Idee der religiösen Unverletzlichkeit der Verfassung, die sie so gern als Vorwand benutzten, um den Forderungen der Plebejer auszuweichen, ihre unbeschränkte Gewalt über die Gemüther bereits verloren hatte. An der Emancipation des Staats von der Religion und der schon so früh erfolgenden Entkräftung des religiösen Princips hatten übrigens die Plebejer einen ganz hervorragenden Antheil; ihre politischen Bestrebungen und Erfolge führten jenes Resultat mit Nothwendigkeit herbei.[240a]) Jede Niederlage der Patricier war zugleich eine Niederlage des religiösen Princips, jeder Sieg der Plebejer ein Sieg über die Idee der religiösen Unantastbarkeit des Staatsrechts. Für die römische Religiösität überhaupt ist es von unheilvollen Folgen gewesen, daß das religiöse Princip in der alten Verfassung eine zu sehr exponirte Stellung einnahm und daher von den politischen Partheikämpfen stets empfindlich getroffen wurde. Zu sehen, wie die Religion ihre Positionen nach und nach aufgab, und ich möchte sagen, den Kürzern zog — das mußte auf die religiöse Gesinnung beider Partheien überhaupt die nachtheiligste Rückwirkung äußern, es hieß sie zu der Einsicht bringen, daß das politische Interesse in Rom stärker sei als das religiöse. Aber gerade dies, daß die Plebejer die Patricier mit Gewalt aus den Banden des religiösen

---

240) Der Gesichtspunkt, der dasselbe ausschloß, lag darin: quod nemo plebejus auspicia haberet ideoque decemviros connubium diremisse, ne incerta prole auspicia turbarentur.

240a) Schwegler Röm. G. I, 735 führt als Beispiel mit Recht auch die servianische Verfassung an, bei der das Kirchliche „das Zweite und Accessorische war, während die altpatricische Verfassung schon in ihrem Princip zugleich Kirchenverfassung gewesen war.“ S. auch 638 daselbst.

Princips befreiten, war ein unschätzbarer Dienst, sie zwangen sie gemeinsam mit ihnen Römer zu werden.

Jener Rückzug der Religion aus der Verfassung erstreckte sich nicht weiter als das Interesse der Plebejer es erheischte, und es verblieb ihr innerhalb der Verfassung noch ein beträchtlicher Raum, auf dem sie einen unbestrittenen Einfluß ausüben konnte. Aber die Macht, die ihr hier gelassen, gehörte in der That nicht ihr selbst, sondern dem Staat. Die Römer hatten bei jenen Partheikämpfen gelernt die Religion dem politischen Interesse unterzuordnen, und ihre ferneren Leistungen machten dieser Schule Ehre. Darin beruhte ja, wie wir früher gezeigt, das römische Wesen, daß alles, was auf dem Boden der römischen Welt wuchs und bestand, den Zwecken derselben dienstbar werden mußte. Die Religion, durch die oft wiederholten Schläge ihrer wahren, lebendigen Kraft beraubt, fügte sich leicht, und diese Fügsamkeit, die jeden Anlaß zu einem Conflict mit dem politischen Interesse zu vermeiden verstand, gewährte ihr den Schein der Macht und Unabhängigkeit. Der römische Staat entsprach in allen Dingen ihren Satzungen und Geboten, schien sich ganz ihrer Autorität zu unterwerfen, aber in Wirklichkeit konnte er es sonder Gefahr thun, denn ihre Gebote waren so eingerichtet, wie sie am besten paßten, ihre Autorität bekräftigte nur das, was er selbst wollte, so daß er im Endresultat die Mitwirkung dieser Bundesgenossin gewann, ohne seinerseits wesentliche Opfer dafür gebracht zu haben.[241])

---

241) Man könnte mir den Einwurf machen: was nützte die Mitwirkung der Religion, da sie dem bisherigen nach ihrer wahren lebendigen Kraft beraubt war. Es ließe sich darauf erwidern, zunächst daß das von mir angenommene Verhältniß zwischen der Religion und Politik für die höhern Kreise der Bevölkerung, in denen es ja im Grunde allein praktisch wurde, Statt gefunden haben kann, ohne daß dasselbe für die großen Massen gegolten hätte. Für Ciceros Zeit trifft dies bekanntlich zu; Unglauben oben, Aberglauben unten! Wir haben aber nicht nöthig für die ältere Zeit zu dieser immer sehr mißlichen Annahme zu greifen, vielmehr, glaube ich, kann die

Wir wollen jetzt die Richtigkeit dieser Auffassung an den hauptsächlichsten hierher gehörigen religiös-politischen Einrichtungen, Grundsätzen u. s. w. nachzuweisen versuchen.[242]) Werfen wir zuerst einen Blick auf die mit der Handhabung oder Ueberwachung derselben betrauten Personen. Es gehören hierher die Pontifices, die Augurn, die Fetialen und die Bewahrer der sibyllinischen Bücher. Alle diese Personen hatten einen großen Einfluß, aber derselbe war bedingt durch eine von der Staatsbehörde an sie gerichtete Aufforderung in Function zu treten. Sie antworteten nur, wenn und wie sie gefragt wurden, ihnen selbst fehlte die Initiative. Der Beamte konnte, wenn er wollte, die Auspicien allein vornehmen oder einen Zeichendeuter zuziehn, der nicht zum Collegium der Augurn gehörte; eine ohne seine Aufforderung von einem Augur vorgenommene Beobachtung band ihn nicht.[243]) Das Collegium konnte wegen eines Fehlers bei Anstellung der Auspicien den vorgenommenen Akt z. B. die Wahl eines Beam-

---

menschliche Natur uns den scheinbaren Widerspruch lösen. Wenn man glaubt, was man wünscht, wenn also der Wille dem Glauben die Richtung vorschreibt, so sollte ein solcher Glaube gar keine Macht über uns haben, und doch wie groß kann diese Macht sein. Dieser Selbstbetrug liegt einmal tief in der menschlichen Natur, und in welchem Maßstabe und mit welchem Erfolge ein ganzes Volk desselben fähig ist, das lehrt uns vielleicht keins so sehr wie das römische. Mangel ächter Religiösität und an deren Stelle ein Aberglaube, der trotzdem daß er in der Regel nur das sieht, was ihm lieb ist, dennoch eine große Macht über das Volk ausübt! Man begehrte Zeichen, aber sie sollten und mußten günstige sein — im ersten punischen Krieg ließ P. Claudius die Hühner, die das gewünschte Zeichen verweigerten, ins Meer werfen — sie waren natürlich in der Regel ganz nach Wunsch, und trotzdem hob es den Muth des Heeres, wenn es hieß, die Zeichen seien günstig ausgefallen!

242) Manche gute Bemerkungen finden sich bei Beaufort la republ. Rom. lib. I c. V.

243) S. über die Stellung der Augurn namentlich die lehrreiche Ausführung von Rubino a. a. O. S. 44—62 und über die der Fetialen ebendaselbst S. 170 u. flg. Ueber die Bewahrer der sibyllinischen Bücher s. Hartung Röm. Relig. B. I S. 135.

ten in den Comitien für nichtig erklären, aber meines Wissens nur, wenn es befragt war. Die Fetialen entschieden völkerrechtliche Streitfragen, aber gleichfalls nur, wenn sie aufgefordert waren. Die Pontifices waren die Wächter des geistlichen Rechts, höchst geachtet und einflußreich, aber bei einem Conflict mit dem Willen des Volks machtlos. Von ihren Straferkenntnissen konnte ans Volk appellirt werden, und umgekehrt kam es später vor daß das Volk ihre freisprechenden Urtheile kassirte, ja sogar schon im fünften Jahrhunderte der Stadt, daß das Volk den Pontifex maximus zwang eine dienstliche Handlung vorzunehmen, die er aus Gründen des geistlichen Rechts für unstatthaft erklärt hatte.[244])

Wie groß oder wie klein aber auch der Einfluß sein mochte, der diesen Personen zustand: vergessen wir nicht, daß alle jene Aemter als Staatsämter betrachtet und verwaltet wurden. Sie fielen Personen zu, die bisher ganz dem Staat gelebt hatten und mit der Uebernahme jener Aemter weder ihre politische Laufbahn als geschlossen, die Gunst des Volks also fortan als überflüssig betrachteten, noch dem Interesse des Staats irgendwie entfremdet wurden. Ein Standesinteresse verführte sie nicht ihre Gewalt auf Kosten des Staats zu mißbrauchen und auszudehnen; an diesem wie an jedem andern Platze fühlten sie sich nur als Bürger und Römer, und die Gesinnung, die sie als solche beseelte, leitete sie auch bei der Verwaltung ihres Amts. Oft mochte diese Gesinnung einen möglichen Conflict des geistlichen Rechts mit dem politischen Interesse schon im Keim ersticken; sie bestimmte ja den Geist, mit dem man die heiligen Bücher, die Zeichen u. s. w. auffaßte, und ein dem Staat ergebener Pontifex und Augur gab, ohne sich einer Schlechtigkeit und der Absichtlichkeit bewußt zu sein, ihnen die Deutung, die dem politischen Bedürfniß am meisten entsprach. Als die Patricier noch im Allein-

---

244) Livius IX c. 46: coactusque consensu populi Cornelius Barbatus Pontifex maximus praerie verba, quum more majorum negaret nisi consulem aut imperatorem posse templum dedicare.

besitz jener Stellen waren, bedienten sie sich derselben im Interesse ihrer Parthei;[245]) was bereits damals im Interesse der Parthei möglich war, war es auch später in dem des Vaterlandes.

Ich darf hier noch auf die von Manchen[246]) bereits gemachte Beobachtung aufmerksam machen, daß es römische Regierungsmaxime war den religiösen Strömungen, denen man nachzugeben für politisch hielt, von Staatswegen ein bestimmtes Bett vorzuzeichnen und sie dadurch in Abhängigkeit zu bringen. Oeffentliche Anerkennung und Gleichstellung eines neuen Cultus schien den Römern weniger gefährlich als die bloße Duldung desselben; wo eine Unterdrückung desselben nicht mehr möglich war, gewährte man volle Gleichberechtigung, und vom bloß politischen Standpunkt beurtheilt bewährte man damit einen richtigern Blick als die neuere Zeit mit ihrem Mitteldinge bloß tolerirter Glaubens-

---

245) z. B. Liv. IV c. 7 (a. 310 U.C.) ... augurum decreto perinde ac vitio creati honore abiere (tribuni militum), quod C. Curtius, qui comitiis eorum praefuerat, parum recte tabernaculum cepisset. Liv. VIII c. 23 (a. 428 U. C.) ... consulti augures vitiosum videri dictatorem pronuntiaverunt. Eam rem tribuni suspectam infamemque criminando fecerunt. ... nec quemque mortalium exstare, qui se vidisse aut audivisse quid dicat, quod auspicium dirimeret, neque augures divinare Romae sedentes potuisse, quid in castris consuli vitii obvenisset. Cui non apparere, quod plebejus dictator sit, id vitium auguribus visum. Schon im Jahre 293 läßt Livius III c. 10 einen Ausspruch der Duumviri librorum sacrorum durch die Tribunen verdächtigen: id factum ad impediendam legem tribuni criminabantur ingensque aderat certamen.

246) z. B. Rubino a. a. O. S. 204 Anm.: „Es braucht hier nur kurz an das spätere Verfahren in Bezug auf die haruspices, die sibyllinischen Bücher, die vates, die Aufnahme der griechischen Culte und vieles Andere erinnert zu werden, was zu einem Schlusse auf die Vorzeit berechtigt. Unempfänglich gegen den Eindruck neuer religiöser Erscheinungen und Künste blieben die principes nicht, sie zogen sie in ihren Kreis, verarbeiteten und benutzten sie in ihrer Weise.“ Mäcen empfahl diese Maxime dem Augustus, Dio Cassius LII, 36. Hartung Röm. Relig. I S. 236: „Wahrsagung müßte zwar sein, doch so daß sie durch öffentliche dem Staate bekannte Diener, nicht durch herumziehende Betrüger ausgeübt werde.“

bekenntnisse. Rom kannte keine Priester, die durch gehässige Beschränkungen und Zurücksetzungen zum Groll gegen den Staat veranlaßt ihre Macht über die Gemüther zum Nachtheil des Staats benutzten; die Macht, welche sie besaßen, gehörte ihm, weil er sie ohne die geringste Zurücksetzung der ihm dienstbaren politisch-religiösen Hierarchie zugesellte.

Wenden wir uns jetzt den Einrichtungen, Formen und dem Dogma der römischen Religion zu, soweit sie eine praktische Beziehung zum Staat haben, so gibt es in der ganzen römischen Welt schwerlich eine unerquicklichere Erscheinung, als sie uns darbieten — die Traditionen einer von tief religiösem Gefühl beseelten Vorzeit versteinert zu bloßen Formen und preisgegeben dem sie für seine Zwecke verwendenden Verstande. Nicht darin liegt das Anstößige, daß jener Geist, aus dem sie hervorgegangen, aus ihnen gewichen war und sie selbst dennoch als leere Larven fortdauerten — diese Erscheinung wiederholt sich überall — sondern darin, daß der geist- und gemüthlose Verstand sich ihrer bemächtigte, mit der Absicht zwar einerseits sie zu erhalten,[247]) andererseits aber doch sie seinen Zwecken anzupassen. Diese Versündigung des Verstandes an einem Gegenstande, dem er ewig fern bleiben

---

247) Es wäre eine höchst interessante Aufgabe, die sich hier aber natürlich nicht behandeln läßt, die Aehnlichkeit zwischen der römischen Jurisprudenz und der Behandlung der Religion nachzuweisen. Dieselben Erscheinungen, die jene uns darbietet (wie z. B. der Formalismus, die Consequenz, die Fictionen, die Scheingeschäfte u. s. w. selbst manche materielle Grundsätze) wiederholen sich hier, aber mit gerade entgegengesetzter Wirkung — was dem Recht angemessen war und die Ausbildung desselben im höchsten Grade beförderte, war für die Religion in demselben Grade nachtheilig und entfremdete sie immer mehr ihrem wahren Wesen. Juristische Fragen theologisch behandelt zu sehn ist noch erträglicher als theologische Fragen juristisch. Rubino a. a. O. S. 219 Note 2 macht darauf aufmerksam, daß „charakteristisch genug für die römische Denkweise die justi atque injusti scientia auch die Religion umfaßte." Dem Juristen ist die Legaldefinition der Jurisprudenz als einer rerum divinarum atque humanarum notitia, justi atque injusti scientia (L. 10 §. 2 de J et J. 1. 2) bekannt, und ebenso, daß die Lehre von den sacra zum jus publicum gezählt wird (L. 1 §. 2 ibid.).

sollte, dieser bewußte oder unbewußte Jesuitismus, der die gleichgültigen Formen beobachtet, weil sie ihm nicht hinderlich sind, und die wirklichen Hindernisse, welche die Religion ihm entgegensetzt, mit elender Sophistik aus dem Wege räumt, dies Gemisch von Aberglauben und einer an religiösen Dingen sich bethätigenden Schlauheit und juristischen Kunst — es ist die abstoßende Schattenseite des römischen Charakters, aber höchst geeignet, um das wahre Wesen desselben daran zu erkennen.

Prüfen wir denn einmal die religiösen Grundsätze und Formen, auf deren strenge Beobachtung sich im Grunde das Lob reducirt, das man der römischen Religiösität in so übertriebenem Maße gespendet hat;[248]) stimmen sie nicht ganz zu den weltlichen Zwecken der Römer? Ihre politischen Institutionen genießen den Schutz religiöser Weihe — aber die Religion ist fügsam genug sich auf Verlangen allen Aenderungen zu unterziehen. Die religiöse Beziehung kann, wie ein äußeres Gewand, den Verhältnissen umgehängt und wieder entzogen werden. Die Inauguration läßt sich bei günstigen Auspicien rückgängig machen,[249]) die durch confarreatio in religiöser Weihe eingegangene Ehe durch diffarreatio lösen, die Heiligkeit des Orts wieder aufheben, selbst die Götter können zum Umzug aus diesem Tempel in einen andern gezwungen werden. Umgekehrt ist diese Weihe nicht durch die religiöse Beziehung des Gegenstandes bedingt, sie läßt sich jeder Institution ertheilen.[249a])

---

248) Hartung a. a. O. I S. 186 sagt z. B.: ... „so muß man den ältern Römern nachrühmen, daß sie eine so allgemeine, so durchreichende und so unerschütterliche Religiösität besessen und geübt haben, wie kaum ein anderes Volk der Erde."

249) Schon von Tarquinius dem Jüngern erzählt Livius I c. 55: exaugurare fana sacellaque statuit ... omnium sacellorum exaugurationes admittebant aves.

249a) In späterer Zeit decretirt z. B. der Senat darüber, was fas sein solle, s. Frontin Strateg. IV 1. 38: ne quem ex iis sepelire vel lugere fas esset.

Die Fetialen sollten bei der Kriegsankündigung den Speer in Feindes Land werfen — aber als diese Vorschrift bei der Ausdehnung des Reichs beschwerlich wurde, half man sich, indem man einen Platz vor dem Tempel der Bellona durch einen gefangenen Soldaten des Pyrrhus ankaufen ließ und ihn als Feindes Land behandelte.[250]) Der Feldherr, den ein Unfall betroffen, sollte in Rom neue günstige Auspicien erwarten; auch von dieser lästigen Vorschrift befreiten sich die Römer in ähnlicher Weise — ein beliebiger Platz auf dem Kriegsschauplatz ward zum ager Romanus gemacht und hier die Erneuerung der Auspicien vorgenommen.[251]) Das gelobte Opfer sollte gebracht werden — „aber man muß wissen, sagt Servius,[252]) daß bei den Opfern der Schein für die Wirklichkeit genommen wird; wenn daher schwer aufzutreibende Thiere zum Opfer gefordert werden, so formt man dieselben von Brod oder Wachs und bringt die Bilder dar;" statt der erforderlichen Hirschkühe schlachtete man Schaafe, nannte sie aber Hirschkühe. Der Flamen Dialis durfte nicht schwören, der Magistrat mußte seinen Amtseid leisten, beide Aemter waren also unvereinbar. Als man dennoch einen Flamen Dialis zum Aedilen wählte,[253]) und zwar zufälligerweise gerade einen solchen, der wegen seiner Strenge allgemeines Aufsehn erregt hatte,[254]) so half man sich dadurch, daß man einen Stellvertreter für ihn schwören ließ, und der strenge Verfechter des geistlichen Rechts nahm daran keinen Anstoß, daß ein Volksbeschluß ausdrücklich bestimmt hatte, was übrigens sich ja auch von selbst verstand, daß es so angesehn werden sollte, als hätte er selbst geschworen, daß also im Grunde ihm nur der Akt des Schwörens, nicht aber der Eid selbst abgenommen war. Der Festtag sollte geheiligt werden, für eine bewußte Uebertretung dieses Gebots nicht einmal eine Sühne mög-

250) Die Stellen bei Hartung a. a. O. II S. 271.
251) Die Stellen bei Rubino a. a. O. S. 89.
252) ad Aen. II, 116. Hartung a. a. O. I S. 160.
253) a. U. C. 552. Liv. XXXI, 50.
254) Liv. XXVII, 8.

lich sein — aber dem praktischen Bedürfniß ordnete die Religion sich unter, nothwendige Arbeit durfte auch an Festtagen verrichtet werden.[255])

Statt noch mehr einzelne Beispiele anzuführen,[255a]) will ich lieber eine ganze Lehre des geistlichen Rechts, die für den Staat gerade von der eingreifendsten Bedeutung war, einer Prüfung unterwerfen, die Lehre von den Auspicien und Zeichen.[256]) Es war ein Bedürfniß des religiösen Gefühls für eine einigermaßen wichtige Handlung die Zustimmung der Götter einzuholen, und dem Glauben thaten der Himmel und die Vögel als Götterboten den Willen der Götter kund. Eine spätere Zeit brachte noch manche andere Erkenntnißmittel hinzu, das Fressen der Hühner, die Eingeweide des Opferthieres u. s. w., und der Glaube war geschäftig selbst den Handlungen der Menschen, Unfällen gewöhnlicher Art, den Namen u. s. w. einen Glück oder Unglück verkündigenden Sinn abzugewinnen.

Daneben aber verläugnete sich doch die römische Schlauheit nicht. Die Lehre von den Vorzeichen war so eingerichtet, daß

---

255) Hartung a. a. O. I S. 188. Macrobius Sat. I, 16: Scaevola consultus quid feriis agi liceret respondit, quod praetermissum noceret.

255a) S. andere bei Danz a. a. O. S. 238 fl.

256) Eine so große Rolle die Auspicien, Vorbedeutungen u. s. w. auch im römischen Privatleben spielten, so ist es doch höchst charakteristisch, daß wir im römischen Privatrecht auch nicht die geringste Spur eines Einflusses derselben nachzuweisen im Stande sind. Zwar ist in einer neuern Schrift der abentheuerliche Versuch gemacht dem omen einen solchen Einfluß zu vindiciren, allein die abergläubischen Ideen des Volks prallten an der juristischen Theorie kraftlos ab. Die juristische Behandlung des Eides gewährt einen schlagenden Beweis, wie sehr das Gebiet des Privatrechts sich gegen jegliche ihm an sich fremde Idee abzuschließen wußte. Der promissorische Eid war rechtlich völlig wirkungslos (man erinnere sich dabei des Gegensatzes wegen an das Kanonische Recht,) der assertorische bloß unter dem Gesichtspunkt des Vergleichs aufgefaßt, einerlei ob wahr oder falsch geschworen. Contemta jurisjurandi religio satis deum habet ultorem (L. 2 Cod. de reb. cred. 4. 1).

nicht der Mensch den Zeichen, sondern die Zeichen dem Menschen untergeben waren.

Wir müssen die eigentlichen Auspicien, die nach den Regeln der Kunst beobachtet und gedeutet wurden, von den bloßen Anzeichen unterscheiden, die sich ungesucht darboten. Was letztere anbetrifft, so lehrte man,[257]) daß sie ganz in der Hand dessen seien, der sie beobachtet hatte, er konnte sie annehmen (accipio omen) oder zurückweisen (ad me non pertinet), ja ihnen eine andere Richtung[258]) und Bedeutung geben. Sowie er im Augenblick, wo sie von ihm bemerkt wurden, der zunächst sich aufdrängenden ungünstigen Bedeutung eine passende günstige zu substituiren wußte, so war die Kraft des Zeichens gebrochen, die anscheinende Drohung in eine Verheißung verwandelt.[259]) Ein ungünstiges Zeichen, das von dem Handelnden nicht beobachtet wurde, hatte keine Bedeutung für ihn, darum pflegte man beim Opfer sich das Gesicht zu verhüllen, um kein Zeichen wahrzunehmen, und beim Aussprechen feierlicher Gebete, Eidesformeln u. s. w. einen Flötenbläser spielen zu lassen, um auch die Ohren zu sichern.[260])

Mit den eigentlichen Auspicien verhielt es sich ebenso. Die

---

257) Hartung a. a. O. I S. 101 Servius ad Aen. V, 530, nam nostri arbitrii est, visa omina vel improbare vel recipere. Plin. Hist. N. XXVIII, 4 meint dazu: quo munere divinae indulgentiae majus nullum est.

258) Durch Schlauheit und selbst durch Betrug konnte man sich ein Zeichen aneignen, das einem Andern zu Theil geworden. Ich verweise z. B. auf den von dem Priester der Diana verübten Betrug, von dem Livius I, 45 erzählt, und auf einen ähnlichen, aber durch Vorsicht von der andern. Seite vereitelten Versuch, den Plinius Hist. natur. XXVIII, 2 §. 15 berichtet: (... transiturum fuisse fatum in Etruriam, nisi praemoniti .. legati Romani respondissent etc.).

259) Hartung a. a. O. I S. 101, der unter andern das bekannte Beispiel von Cäsar anführt, der, als er an der afrikanischen Küste aus dem Schiff ans Land sprang, stürzte und sich schnell fassend ausrief: jetzt habe ich dich, Afrika.

260) Plin. Hist. nat. lib. XXVIII. c. 2 §. 11 ... tibicinem canere, ne quid aliud exaudiatur.

Auguraldisciplin war streng, sehr streng, was die genaue Beobachtung der Formen anbetraf, aber wer die Formen genau erfüllte, der konnte alles, was er wollte, erreichen.[260a]) Wie wohlthätig einerseits diese Strenge, die an den geringsten Formfehler Nichtigkeit des ganzen Akts knüpfte! wie geeignet, um staatsrechtliche Akte z. B. Wahl eines untauglichen Beamten von Seiten des Volks, durch die man überrumpelt war, hinterher wieder zu entkräften![261]) Andererseits aber wie fügsam jene Disciplin, wenn es galt, schlechte oder gute Zeichen aufzufinden! Der Grundsatz, der bei Gesetzen galt, daß das spätere das frühere aufhebe, war auch auf die Auspicien übertragen[262]) und gab die Auspicien ganz in die Hand des Suchenden. Gesetzt es sollte durch sie eine Maßregel hintertrieben, eine von unruhigem Geist beseelte Volksversammlung gesprengt werden, so setzte der die Auspicien beobachtende Beamte seine Beobachtung so lange fort, bis er endlich ein ungünstiges Auspicium erhalten hatte. Umgekehrt, wenn es darauf ankam, ein günstiges zu gewinnen; er stellte seine Beobachtung ein, sowie er das Gewünschte erhalten, alle vorhergehenden ungünstigen Zeichen wurden durch das letzte günstige entkräftet.[262a]) Um eine Volksversammlung zu hintertreiben, genügte es sogar, daß an demselben Tage irgend ein magistratus, selbst ein minor, ein servare de coelo vorgenommen und dem Convocanten davon Anzeige gemacht hatte.[263])

260a) Cic. de nat. deor. II, 3 §. 9: veritas auspiciorum spreta est, species tantum (der bloße Schein) retenta.

261) Es sind Beispiele bereits oben Note 245 vorgekommen.

262) Rubino a. a. O. S. 69 Anm. 1 und die dort citirten Stellen von Servius ad Aen. II, 691: si dissimilia sunt posteriora, solvuntur priora. XII, 183: in auguriis prima posterioribus cedere.

262a) Liv. V, 38, 39: postero die auspiciis repetitis pertulit legem. Ebenso machen es die Chinesen bei ihren durch Stäbe bewirkten Auspicien, sie setzen die Manipulation so lange fort, bis die Stäbe günstig fallen.

263) Einerlei, ob die Beobachtung eine günstige oder ungünstige gewesen war, der bloße Akt des servare de coelo war ausreichend. S. Rubino a. a. O. S 74 u. f.

Die Himmelszeichen, wenn sie auch dem Suchenden bei beharrlicher Fortsetzung seiner Beobachtung endlich zu Theil werden mußten, konnten doch einige Zeit auf sich warten lassen. Im Felde, wo oft der Augenblick entscheidet, bedurfte man solcher Zeichen, auf deren sofortiges Eintreten sich zählen ließ, wie z. B. das tripudium, das Fressen der Hühner.[264] Zu dem Zweck führte jeder Feldherr Hühner mit sich, die im beständigen Zustande des Hungerns gehalten wurden, das Zeichen war also ganz in der Gewalt des Suchenden. Von den sibyllinischen Büchern läßt sich, wie es scheint, dasselbe behaupten, sie waren so unbestimmt abgefaßt, so vieldeutig, daß man alles, was man wollte, herauslesen konnte.[265]

Es verdient wohl beachtet zu werden, daß in allen diesen Fällen subjectiv gar kein Betrug erforderlich war,[265a] vielmehr die Religion d. h. der praktische Instinct der Römer auf ihrem Gebiet die Regeln und Einrichtungen so elastisch gemacht hatte, daß sie sich auch bei strenger Beobachtung stets den augenblicklichen Zwecken fügten. Mochte die Auguraldisciplin es verantworten, daß sie die Zeichen in die Hände des Suchenden gegeben, letzteren selbst konnte kein Vorwurf treffen, wenn er das fand, was er im Interesse des Staats suchte.[265b]

Vom religiösen Standpunkt aus hat diese Entartung eines ursprünglich aus religiösem Bedürfniß hervorgegangenen Instituts etwas Widerwärtiges, und sie beweist den frühen Verfall der

---

264) Es kam darauf an, daß sie gierig über das Essen herfielen, und daß beim Fressen etwas von dem vorgesetzten Futter auf die Erde fiel — für ausgehungerte Hühner, namentlich wenn man das Futter darnach wählte, eben keine sehr schwierige Zumuthung!

265) Hartung a. a. O. I S. 135.

265a) An dem es übrigens häufig gar nicht fehlte, Liv. X, 33 pullarius auspicium mentiri ausus.

265b) S. auch noch den III, 215 besprochenen Grundsatz, daß die Verantwortlichkeit für die verkündeten Auspicien lediglich den Augurn zufällt, der Beamte von der Unwahrheit derselben keine Notiz zu nehmen braucht.

wahrhaft innerlichen Religiösität in Rom. Letztere würde sich nicht in der Weise an den Göttern haben versündigen können, daß sie die Nachsuchung ihrer Zustimmung zur leeren Posse herabgewürdigt hätte. Faßt man aber das ganze Institut mit seinen in den Willen der Staatsregierung gegebenen geistlichen Beamten, Zeichen, Nichtigkeitsgründen u. s. w., wie man es muß, als ein politisches Institut auf, so verdient es freilich von diesem Standpunkt aus eben so hoch gestellt zu werden, wie es in religiöser Beziehung niedrig steht.[265c]) Die ausgezeichnete Brauchbarkeit des Instituts setze ich nicht sowohl in seine positive Seite, daß es nämlich der Regierung als Mittel diente dem Volk Vertrauen einzuflößen, ihren Anordnungen durch die eingeholte Zustimmung der Götter Auctorität und Gehorsam zu verschaffen, als vielmehr in seine negative Function d. i. seine Tauglichkeit politische Maßregeln zu hemmen und entkräften.[265d]) Ungünstige Auspicien, ja das bloße servare de coelo gewährten das legale Mittel eine angesetzte Volksversammlung zu vertagen, und bei einer vorübergehenden leidenschaftlichen Erregung des Volks war dies schon ein großer Gewinn. Formfehler, bei Abhaltung der Auspicien vorgekommen, machten es möglich Uebereilungen, Mißgriffe der Beamten und des Volks, die sonst durch kein verfassungsmäßiges Mittel mehr zu redressiren waren, als ungültig aus dem Wege zu räumen,[266]) so daß man mithin das Collegium der Augurn, das über diese Nichtigkeitsfälle erkannte, als höchsten politischen Cassationshof bezeichnen könnte.

Das schließliche Resultat unserer Erörterung besteht darin,

265c) Dies ist auch die Auffassung der Römer selber, Cic. de leg. II, 13 auspicia ista ad utilitatem esse reipublicae composita ibid. III, 12.

265d) Cic. de leg. III, 12 auspicia, ut multos inutiles comitiatus probabiles impedirent morae; saepe enim populi impetum injustum auspiciis dii immortales represserunt.

266) Ich verweise z. B. auf den Fall in Note 245, die Ernennung des Dictators betreffend, Liv. VIII, 23 und Pseudo Ascon. (Orelli p. 68) und Appian I, 24.

daß das religiöse Princip die Bedeutung, die wir ihm bei der Bildungsgeschichte des Rechts vindiciren mußten, für die Zeit des spezifisch-römischen Rechts verloren hat. Die religiös-rechtlichen Institute und Formen dauern zwar äußerlich noch lange fort, allein der Geist ist gewichen, die römische Sittlichkeit wurzelt nicht mehr in der Religion, sondern im Staats- und Rechtsprincip. Die Blüthezeit der Republik liefert uns den Beweis, welch' eine sittliche Kraft das bloße Staats- und Rechtsprincip, sobald es den Menschen ganz und gar durchdrungen hat, zu entwickeln vermag.[267]) Die Allgewalt dieses Princips bethätigte sich auch daran, daß es die Religion in ihren Beziehungen zur Politik zu einem bloßen Mittel zum Zweck herabdrückte. Daß dies Mittel nicht zu schlechten Zwecken, sondern im wahren Interesse des Staats, daß es mit Mäßigung und äußerm Anstand benutzt ward, und die Römer nicht durch eine zu rasche Abnutzung es gehässig und werthlos machten — davon haben wir den Grund weniger in der Religion selbst als in dem politischen Takt und Charakter der Römer zu suchen.

Wenden wir uns nunmehr den übrigen Ausgangspunkten des römischen Rechts zu, so dürfen wir den einen derselben, das subjective Princip, hier mit der Bemerkung erledigen, daß das folgende System vorzugsweise als sein Werk aufzufassen ist, wir dort also Gelegenheit erhalten werden dies Princip in seiner ganzen spätern Ausdehnung auf dem Höhenpunkte seiner Kraft und Vollendung kennen zu lernen. Wie es sich historisch entwickelt

---

267) Darauf macht schon Augustinus in einer von Ambrosch angeführten Stelle, de civit. Dei V, 12 aufmerksam: ... qui (Romani) causa honoris, laudis et gloriae consulerent patriae, in qua ipsam gloriam requirebant, salutemque ejus saluti suae praeponere non dubitarent, pro isto uno vitio i e. amore laudis, pecuniae cupiditatem et multa alia vitia comprimentes.

hat, welche Bedeutung die Bestrebungen der Plebejer, die Zwölftafelgesetzgebung u. s. w. dafür haben, das gehört nicht hierher, und müssen wir der römischen Rechtsgeschichte überlassen. Für unsern Zweck genügt es zu wissen, daß die spätere Rechtsentwicklung sich vorzugsweise an dies Princip anlehnt. Diese reiche Durchbildung des subjectiven Princips steht im umgekehrten Verhältniß mit der, welche den beiden andern Principien zu Theil ward. Ihre Zeit war dahin, das römische Volk, das über den Gegensatz der Patricier und Plebejer hinausgekommen war, bedurfte anderer Formen und Principien als die Urbevölkerung Roms. Dauerten auch manche der hierher gehörigen Einrichtungen äußerlich noch lange fort: ihre innere Bedeutung, ihre lebendige Kraft war wie die der Religion erloschen, und wir können hier von ihnen dauernden Abschied nehmen; das folgende System wird ihrer nicht mehr gedenken. Da wir bei ihnen nicht wie bei dem religiösen Princip Veranlassung haben einer herrschenden irrigen Ansicht entgegenzutreten, so kann der Abschied rasch von Statten gehn. Was zuerst das Familienprincip anbetrifft, so nimmt die Bedeutung desselben sowohl in politischer wie privatrechtlicher Beziehung in demselben Maße ab als die Macht der Plebejer wächst. Auch hier haben sie wiederum das Verdienst einen wie für die freie Entfaltung des Privatrechts so für die Entwicklung des politischen Lebens höchst wichtigen Fortschritt erzwungen zu haben. Unabhängigkeit des Privatrechts vom öffentlichen Recht und des Vermögensrechts von der Familie war der Gedanke, den sie in den patricischen Geschlechterstaat brachten. Ihnen verdankt das reine, vom Einfluß des Familienprincips emancipirte Privatrecht d. i. das spätere römische Privatrecht seinen Ursprung.[268]) In politischer Beziehung

---

268) Daß einzelne Ausflüsse des Familienprincips im römischen Staat und Recht d. h. als ganz allgemeine Einrichtungen fortdauerten, ist bereits früher erwähnt z. B. die Censur (S. 192), die cura prodigi (S. 194), die actio popularis (S. 186).

vertreten sie die Berechtigung der persönlichen Kraft sowohl der geistigen und sittlichen als der materiellen gegenüber dem Recht der Geburt, die Superiorität des freien Willens gegenüber einer durch die Natur bestimmten Nothwendigkeit, das lebendige Bedürfniß und Recht der Gegenwart gegenüber den ererbten Satzungen der Vergangenheit. Der Punkt, auf dem das plebejische Princip auf Kosten des Familienprincips zuerst zum Durchbruch kommt, ist die Wehrverfassung. Das militärische Interesse setzt sich vielleicht überall am leichtesten über das Princip der Geburt hinweg. Die Servianische Verfassung zeigt uns Patricier und Plebejer zu einem Heer vereint, und als Maßstab der Wehrpflicht und des Stimmrechts, soweit es den Centuriatcomitien zustand, das Vermögen. Das Vermögen aber ist nichts als die materielle Kraft des Einzelnen und im hohen Grade dem Wechsel unterworfen, ist zu erwerben und zu verlieren, es bildet also den entschiedensten Gegensatz zum Familienprincip. Dasselbe praktisch als Maßstab politischer Pflichten und Rechte aufstellen, wenn auch anfänglich in noch so beschränkter Weise, hieß dem Geschlechterstaat die Axt an die Wurzel legen. Es war dies aber nicht eine vereinzelte Erscheinung, sondern es tritt in der Regierung der drei letzten Könige überhaupt die Tendenz hervor sich von den Traditionen und dem Stabilitätsprincip des Geschlechterstaats frei zu machen. Die Reaction gegen diese Richtung ging zwar aus ihrem Kampfe mit dem Königthum siegreich hervor; daß sie aber nach und nach dem Plebejerthum weichen mußte und schließlich völlig erlag, ist bekannt. Die Schilderung dieses Kampfes gehört nicht hierher; daß er, anstatt die vorhandenen Kräfte zu schwächen, sie umgekehrt im höchsten Grade anspannte und entwickelte, ist bekannt.

Das militärische Princip, dessen wir schließlich noch gedenken, hatte dem Königthum das Leben gegeben, aber das Königthum hielt sich nicht innerhalb der Schranken, die jenes Princip ihm anwies (S. 254—257). Die fortgesetzte Ueberhebung desselben, die endliche Ausartung desselben in Willkühr führte seinen Sturz

herbei, ohne daß aber damit auch das imperium selbst aufgehoben worden wäre. Bekannt ist aber, daß dem imperium für den Umfang der Stadt Rom die schärfste Spitze — das Recht über Leben und Tod — abgebrochen ward, so wie daß es im Fall der Ernennung eines Dictators vorübergehend seine alte Vollgewalt wieder erhielt. Der politische Instinct der Römer fühlte es heraus, daß die königliche Gewalt nicht absolut verwerflich gewesen war, daß der Mißbrauch, den sie sich hatte zu Schulden kommen lassen, vorzugsweise in der lebenslänglichen Dauer seinen Grund gehabt hatte, daß aber eine rasch vorübergehende Wiederherstellung derselben, bei der die Gefahr eines Mißbrauchs ungleich weniger zu befürchten war (die Dictatur dauerte bekanntlich höchstens ein halbes Jahr) für Zeiten eines politischen Fiebertaumels das einzige ausreichende Heilmittel war. So bewahrte sich die römische Verfassung neben der Ausbreitung der politischen Gewalt über Volk, Senat und Beamte auch die Möglichkeit einer äußersten Concentrirung derselben in den Händen eines Einzelnen, neben der Wucht schwerfälliger republikanischer Institutionen die Schnellkraft einer absoluten Monarchie. Im Felde blieb das imperium immer in ungeschwächter Kraft bestehen, und wenn in der Königszeit das ganze Volk unausgesetzt unter der Zuchtruthe der militärischen Disciplin gestanden hatte, so machte noch Jahrhunderte lang jede Generation wenigstens in ihrer Jugend die heilsame Schule der militärischen Erziehung durch. Der Kriegsdienst war die Vorstufe und Vorbereitung zum eigentlichen Staatsdienst.
